

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

RONALDO JOSE DE SOUSA PAULINO FILHO

**ENTRE O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE:
O BINÔMIO MÉTODO-MÉRITO NA ADPF 132/ADI 4.277 DO
CONFLITO INSTITUCIONAL ENTRE PODER LEGISLATIVO E PODER
JUDICIÁRIO**

Recife
2014

RONALDO JOSE DE SOUSA PAULINO FILHO

**ENTRE O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE:
O BINÔMIO MÉTODO-MÉRITO NA ADPF 132/ADI 4.277 DO
CONFLITO INSTITUCIONAL ENTRE PODER LEGISLATIVO E PODER
JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito no curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira

Recife
2014

RONALDO JOSE DE SOUSA PAULINO FILHO

Trocar por via assinada

**ENTRE O LEGISLADOR E O INTÉRPRETE:
O BINÔMIO MÉTODO-MÉRITO NA ANÁLISE DA ADPF 132/ADI 4.277
E O DEBATE INSTITUCIONAL DA DECISÃO PELO STF**

Dissertação apresentada, ao programa de mestrado como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito no curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco.

Aprovada em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira
Orientador

Prof. Dra. Flávia Santiago Lima
Examinador Interno

Prof. Dr. André Régis de Carvalho
Examinador Externo

Recife
2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por estar sempre em meu caminho me ajudando e me guiando em todos os momentos da minha vida;

Aos meus pais, Ronaldo e Rosane por todo o esforço em meu favor; pelo apoio e torcida, educação que me proporcionaram, pelos ensinamentos que me são passados e minha formação com valores e princípios sólidos dos quais levo em minha vida;

À minha família, que me acompanha e me incentiva; trazendo carinho e conforto na minha vida;

Aos meus verdadeiros amigos e amigas, que além da ajuda me fazem passar bons momentos;

Aos colegas de sala que no decorrer do curso estiveram presentes com a mesma finalidade de alcançar o mesmo objetivo;

Ao professor Dr. João Paulo Allain Teixeira, que me orientou no trabalho em questão.

Aos funcionários da UNICAP, desde os da limpeza, aos mais renomados professores, cada um com sua parcela, fizeram parte da minha rotina no decorrer do curso.

“Selbst Entfaltung seiner Persönlichkeit”.

Cf. Lei Fundamental de Bohn

“São dois, na verdade, os problemas fundamentais da pessoa humana: 1) O problema da sua posição perante o ser, na existência (o problema metafísico); 2) O problema da sua relação com o outro, na acção (o problema ético).”

Castanheira Neves

RESUMO

Este trabalho tem por estudo a relação entre o Legislador e o Intérprete, relacionando esse conflito de papéis nas instituições com a figura de grupos minoritários, utilizando-se da decisão da ADPF 132/ADI 4277 como exemplo desse enfrentamento. Dessa forma um fenômeno recente da realidade brasileira, acompanhado de um forte crescimento é o desempenho ativista do Poder Judiciário, o protagonismo exercido por este é amplamente discutido e polemizado. Essa postura alcança desdobramentos dos mais diversos níveis, e engloba variados preceitos desde a estrutura dos poderes; harmonia institucional; desempenho funcional e repercussão social. Pautada por uma sociedade cada vez mais complexa e plural a figura das minorias aparece como vulnerável. Nesse contexto social e político atualmente se baseia o fenômeno de uma relação desarmônica entre as instituições detentoras do poder, mais explicitamente entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O método e o mérito da resolução de conflitos consiste em uma espécie de analogia com relação ao enfrentamento e interferências nas prerrogativas essencialmente atribuídas aos parlamentares e a resolução de conflitos por parte do judiciário, realçando a eficaz decisão em relação ao mérito da questão, mas em conflito com a ilegitimidade do órgão que a exerceu. Ou seja, com o questionamento da necessidade- excesso de judicialização. Trata-se de um debate fundamental e de grandiosa importância para o desenrolar do Estado Democrático de Direito; a realidade social e a sua relação com a democracia. Leva-se ao entendimento que a postura é um fenômeno posto e se não estabelecido com o cuidado e merecedora atenção, pode ocasionar efeitos colaterais e riscos severos de entrave ao respeito do ideal democrático. Situação que revela a vulnerabilidade e instabilidade da sociedade e principalmente das minorias em relação aos poderes e a problemática e polêmica do ativismo judicial. Utiliza-se uma pesquisa bibliográfica, qualitativa com método dedutivo, para buscar compreender as causas e consequências da relação de grupos minoritários, exemplificados pela decisão do STF na ADPF132/ADI 4277, com a ligação do conflito entre o Legislador e o Intérprete.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Poder Judiciário. Minorias. ADPF132/ADI 4277. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This research's goal is to study the relationship between the legislator and the interpreter, relating this conflict of roles in these institutions to the figure of minority groups, using the decision of ADPF 132/ADI 4277 as an example of this confrontation. This is a recent phenomenon in Brazilian reality, accompanied by a strong growth performance of the activist judiciary, and its widely discussed role. This attitude reaches consequences of different levels, and encompasses a variety of precepts from the structure of powers, institutional harmony, functional performance and social impact. Guided by an increasingly complex and pluralistic society, minority figures appear as vulnerable. The phenomenon of a disharmonious relationship between the institutions that hold power, more explicitly between the Legislature and the Judiciary, is based on this social and political context today. The method and the substance of the conflict resolution consist in a kind of analogy related to confrontation and interference to the prerogatives attributed mainly to parliamentarians and conflict resolution by the judiciary, highlighting the effective decision related to the merits, but illegitimate for this institution. In other words, questioning the need - over judicialization. This is a fundamental debate and has its great importance for the development of the democratic state with rule of law; the social reality and its relation to democracy. It leads to the understanding that this is a phenomenon that if not established with the required care and attention, may cause severe side effects and severe risks to the respect of the democratic ideal. This situation reveals the vulnerability and instability of society, especially the minorities in relation to the controversy of the judicial activism. A bibliographic research is used, qualitative with deductive method, seeking to understand the causes and consequences of the relation of minority groups, exemplified by the decision of the Supreme Court in ADPF132/ADI 4277, linked to the conflict between the legislator and the interpreter.

Keywords: Legislature. Judiciary. Minorities. ADPF132/ADI 4277. Judicial Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 O LEGISLADOR.....	15
2.1 Um Esboço do Legislativo.....	15
2.2 Onde se encontra a produção legislativa?.....	19
2.3 Entre o Direito e a Religião.....	24
2.3.1 Atuação Parlamentar e Pauta Religiosa.....	31
2.4 Quem é representado? Aspectos Referentes à Representação Popular.....	37
2.4.1 Representação Política em sentido Amplo e Estrito.....	39
2.4.2 Democracia e representação.....	41
2.4.3 O Parlamento e a deliberação de opiniões.....	46
2.5 As Dinâmicas da Inclusão/Exclusão Política.....	48
3 O INTÉRPRETE.....	54
3.1 Ampliação do Controle Normativo do Poder Judiciário.....	54
3.2 Aspecto Filosófico- Pós-Positivismo.....	57
3.3 Aspecto Temporal e a Recepção no Direito Brasileiro.....	66
3.4 Aspectos da Sociedade Contemporânea e a Criação Judicial do Direito.....	69
3.4.1 Realidade da Sociedade Atual – Pluralista e Complexa.....	70
3.4.2 Judicialização das Questões da Sociedade.....	72
3.5 A Problemática do Ativismo Judicial.....	77
4 O CONFLITO INSTITUCIONAL “IMPLÍCITO” NA DECISÃO DA ADPF 132/ADI 4277.....	88
4.1 Desenvolvimento Jurisprudencial Referente à União Homoafetiva.....	88
4.2 O Julgamento da ADPF 132-ADI 4.277 no Supremo Tribunal Federal....	92
4.3 Interferência nas Prerrogativas.....	107
4.4 O Método e o Mérito.....	114
4.4.1 Necessidade - Excesso de Judicialização.....	114
4.4.2 Realidade Vulnerável das Minorias.....	121

5 CONCLUSÕES.....	124
REFERÊNCIAS.....	131

1 INTRODUÇÃO

Fenômeno recente da realidade brasileira, acompanhado de um forte crescimento é o desempenho ativista do Poder Judiciário, nos mais variados debates, desde o cidadão leigo até a mais respeitada doutrina, esse protagonismo exercido por aquele é amplamente discutido e polemizado. Essa postura alcança desdobramentos dos mais diversos níveis, e engloba variados preceitos desde a estrutura dos poderes; harmonia institucional; postura antiformalista; desempenho das instituições e principalmente alcança uma extrema repercussão social.

Em reiteradas notícias de órgãos de imprensa, alguns deputados e senadores expressam um desconforto relacionado à prática adotada pelo Poder Judiciário, que possivelmente ameaça sua prerrogativa essencial, tal seja, legislar. Não obstante essas reclamações, o órgão criticado expressou em muitos outros momentos severas críticas à atuação parlamentar ou falta dela, principalmente relacionado a direitos minoritários. Nessa linha ainda consta uma atual sensação social de descontentamento e incredibilidade relacionada ao Legislador, justificando a mesma pelos reiterados escândalos de corrupção, alto custo e uma possível improdutividade qualitativamente falando em relação a sua atuação.

Circunstância característica da pós modernidade é uma sociedade cada vez mais complexa, globalizada e por assim dizer, plural, onde o contraste cultural, social e características específicas é explícito, o que resulta, ainda, em uma dificuldade de convivência e aceitação do diferente. O modelo político e eleitoral atual brasileiro, ou mesmo a regra majoritária democrática pode ainda gerar consequências graves para a figura das minorias, que possivelmente não obtêm uma representação devida e tem suas questões não satisfeitas pelo poder inerente a exercer este papel. A realidade de grupos minoritários é pautada por uma falta de igualdade social e não equânime situação de vivência, o que propicia uma segregação e dificuldade na obtenção de uma legitimação de direitos e garantias.

Nesse contexto social e político atualmente se baseia o fenômeno de uma relação desarmônica entre as instituições detentoras do poder, mais explicitamente entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. A separação dos poderes e sua relação equilibrada hoje são debatidas, e colocadas em pauta, pelos próprios detentores dos poderes específicos, pela doutrina especializada, pelo ordenamento jurídico e por toda a sociedade. É desse fenômeno atual que trata este trabalho,

utilizando a figura das minorias como uma representação da sociedade, mas que pela sua essência se depara com circunstâncias ainda mais complexas. Em específico a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/ADI 4277, que trata das uniões homoafetivas, revela muito bem a situação de um desequilíbrio entre as instituições detentoras do poder, ainda revelando um binômio método/mérito de questões relevantes para sociedade, como no caso em questão. Importante assim entender que a partir do momento que se estabelece um novo comportamento é natural uma norma jurídica para acompanhá-lo, uma regulamentação dos novos modelos inseridos na sociedade. Nesse ponto, crucial é a atitude do legislativo, muito embora, em nosso país o meio utilizado seja o judiciário.

O método e o mérito da resolução de conflitos consistem em uma espécie de analogia da figura do legislador e do intérprete na realidade atual mencionada anteriormente, ou seja, o enfrentamento e interferências nas prerrogativas essencialmente atribuídas aos parlamentares e a resolução de conflitos de uma sociedade plural por parte do judiciário. Nesse quesito, são realçados os papéis que cada instituição desempenha, principalmente ao se falar em minorias, e o questionamento de até que ponto o formalismo deve ser respeitado, para um alcance da pretendida legitimação de direitos daquelas, sendo a resposta positiva quais consequências tal ruptura pode ensejar.

Na decisão da ADPF 132/ADI4277 esse questionamento em relação à atuação do intérprete fica explícito, muitos são favoráveis, igualmente, outros contrários a tal método utilizado para alcance do mérito da questão, tal seja, a legitimação de direitos através do reconhecimento da união homoafetiva, o que resulta ainda em um debate aprofundado sobre as relações institucionais e o papel protagonista exercido pelo judiciário, que vem desde os anos seguintes a entrada em vigor da Constituição de 1988 desempenhando uma postura considerada ativista.

Trata-se de um debate fundamental e de grandiosa importância para o desenrolar posterior do Estado Constitucional de Direito; a realidade social e a relação com a democracia. As consequências poderiam ser extremamente benéficas se devidamente equilibradas e estruturadas, em relação ao desenvolvimento social brasileiro, no entanto podem ser de demasiada complexidade negativa se não estabelecido com o cuidado e merecedora atenção, ocasionando efeitos colaterais e riscos severos de entrave ao respeito do ideal democrático e para a sociedade.

De maneira que uma atuação equilibrada por parte das instituições é fundamentada em princípio através do art. 2º da Constituição Federal, ao mencionar os poderes da união e sua forma de convivência independente e harmônica entre os mesmos, dessa forma a boa medida das competências aos mesmos atribuídas revela a preocupação da doutrina constitucional em relação ao problemático fenômeno atual tratado por este trabalho. Dessa forma a possível ruptura e uma usurpação de função com quebra de barreiras da típica função jurisdicional pode ocasionar prejuízos ao Estado Democrático de Direito, que se baseia em uma estrutura política e democrática em paralelo a importância do direito como base fundamental, demonstrando assim a necessidade de um equilíbrio entre as instituições.

Nessa linha de estudo, tenta-se entender o fenômeno atual, na busca da compreensão das razões que possivelmente justifiquem a situação apresentada, relacionando com o papel que as minorias exercem nesse conflito. Ainda este trabalho tem a intenção de caracterizar as repercussões no sistema político brasileiro, após a Constituição Federal de 1988, que marcam profundas mudanças nas relações institucionais e eleva como primado do Estado a proteção e garantia de direitos fundamentais.

Dessa forma, tratar sobre o papel das minorias nesse desequilíbrio institucional, propicia um estudo que realça a importância de princípios como a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, sua relação com os poderes estatais e sua atuação. Buscando assim compreender o papel de cada um em específico nessa relação e as razões que justifiquem a crescente busca das minorias pelo judiciário na tentativa de uma resolução de conflitos e legitimação de direitos. Nesse caso a decisão em estudo representou um marco histórico e polêmico da explícita conduta do intérprete.

O assunto tratado é considerado de extrema importância para o direito constitucional e todo o ordenamento jurídico, pela consequência da importância social a ele atribuído, de maneira que permeia além do direito uma influência de outras áreas na temática, como exemplo a sociologia e filosofia jurídica que se entrelaçam na busca igual de uma possível compreensão da temática.

A busca do entendimento dessa realidade atual e os papéis institucionais, foi realizada através de quatro capítulos, o primeiro é abordado o papel do Legislador, em sequência estuda-se o Intérprete, logo após a figura das minorias e seu

encerramento dá-se através da análise da decisão da ADPF 132/ADI 4277, como forma explícita desse enfrentamento e como exemplo da busca das minorias pelo judiciário no alcance da pretendida legitimação de direitos.

O primeiro capítulo trata da figura do Legislador, sua atuação e a sistemática da representação popular, primeiramente ressalta-se a importância legislativa na relação com a democracia, procura-se então estabelecer parâmetros do que representa a figura do legislativo e sua relação com a sociedade, partindo da premissa de Waldron, de um papel fundamental daquele, para a partir desse conceito, verificar a figura do mesmo na realidade brasileira. Nesse ponto se busca compreender a atuação parlamentar e sua produção, e toda a estrutura política e eleitoral brasileira.

Relacionando às minorias, importante é o estudo da interferência da religião na resolução de conflitos da sociedade, dessa forma relacionar a atuação parlamentar e a pauta religiosa busca demonstrar essa interferência e realçar a questão da representação popular e suas consequências para as minorias, foi destacada especial atenção a essa circunstância devido a extrema importância que tal fator representa na realidade de grupos vulneráveis. O capítulo tem seu encerramento discutindo a inclusão e exclusão política e questionamentos acerca da regra majoritária.

O capítulo segundo diz respeito ao papel do Intérprete, se faz remetendo a construção histórica do mesmo, tratando das influências e alterações que passaram pela ordem constitucional. A referência deste capítulo busca compreender toda a ampliação normativa do poder judiciário, como construção histórica, social e filosófica, nesse sentido se estuda toda influência da pós-modernidade, ou seja, o pós-positivismo, na linha de Dworkin, Alexy entre tantos outros e a forma que tal aspecto se baseia e se estrutura.

Seguindo a linha dessa influência é verificada a recepção dessa nova forma de pensamento que vem em confronto com o modelo estabelecido anterior em uma possível ruptura com o formalismo extremo. Nesse momento procura-se demonstrar a recepção no direito brasileiro e as alterações que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico. Realçando a importância dada aos princípios e aos direitos fundamentais, como reflexo da carga valorativa agora atribuída a Constituição.

Nesse contexto, é válida a busca de entender traços de uma sociedade plural e complexa como a atual e sua relação com a criação judicial do direito, trazendo ao estudo a marcante questão no trabalho, da judicialização de questões da sociedade e a problemática do ativismo judicial que permeiam o presente trabalho.

No terceiro capítulo o estudo se atenta para uma análise da ADPF 132/ADI4277 que representou um exemplo explícito do conflito entre o Legislador e o Intérprete, a escolha dessa decisão foi resultado da transparência daquela como um desequilíbrio institucional além da mesma ser um marco histórico ao se tratar de minorias.

Primeiramente se traça linhas gerais acerca da proposta relacionando-a com a aceitação social e o entendimento que o judiciário foi estabelecendo ao lidar com a causa no decorrer dos anos, até chegar na decisão do Supremo Tribunal Federal, demonstrando o caminho traçado pela minoria em específico, homossexuais, ao buscar a legitimação de direitos e uma situação em conformidade com o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, Com uma análise da decisão através dos votos dos ministros e uma ligação com a hermenêutica jurídica utilizada.

Dessa forma o capítulo tem seu encerramento tratando do questionamento essencial a que este trabalho se destina, as relações institucionais, sua relação com as minorias e a busca da compreensão de até que ponto a necessidade e excesso de judicialização se interligam, suas consequências e repercussões na sociedade.

A divisão dos tópicos mencionados foi uma tentativa metodológica de realçar os papéis individualizados, suas características e problemas de cada sujeito de estudo, primeiramente o Legislador, logo após o Intérprete, e por fim, concluindo a relação dos mesmos entre si e o caminho traçado para a busca de legitimação de direitos que não teve seu palco final no Legislativo, órgão inerente para decisões políticas, realçando o conflito institucional estudado.

Em relação à parte metodológica que essa pesquisa se baseou, foi utilizada a vertente metodológica para esta de natureza qualitativa, demonstrando a importância do tema para a comunidade jurídica e para a sociedade além de se utilizar o método de abordagem dedutivo, não obstante a utilização do raciocínio indutivo por alguns momentos, levando-se em conta que o pluralismo metodológico se configura também no direito. Partindo de teorias e leis mais gerais para a ocorrência de fenômenos particulares. Utilizou-se o método jurídico de interpretação, sistemático.

Tendo como método procedimental o monográfico que é por Lakatos e Marconi¹: “[...] um estudo sobre um tema específico ou particular de suficiente valor representativo e que obedece a rigorosa metodologia. Investiga determinado assunto não só em profundidade, mas em todos os seus ângulos e aspectos”.

Caracteriza-se como uma pesquisa explicativa que seria segundo Gil²: “a preocupação central é identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. É o tipo que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas. Por isso, é o tipo mais complexo e delicado”.

Optou-se por uma pesquisa bibliográfica que se caracteriza como um procedimento metodológico que oferece ao pesquisador uma solução para seu problema de pesquisa, sendo utilizada de forma ampla em estudos exploratórios ou descritivos, a ligação com esses estudos é relacionada ao fato da aproximação com o objeto ser estabelecida derivando-se de fontes bibliográficas.

O estudo em questão possibilita um amplo alcance de informações pela utilização de diversos dados diferentes, em muitas publicações, artigos, sendo um auxílio na construção do conceito que estabelece o objeto de estudo.

A presente pesquisa foi estabelecida através de variadas fontes como exemplo as mais diversas doutrinas que atentam para o assunto proposto, livros, periódicos, documentos, alguns órgãos de imprensa, dissertações de mestrado, teses de doutorado e jurisprudência, esta de extremo relevo, levando-se em conta a análise da decisão em estudo, além do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como marco inicial e de fundamental importância a Constituição Federal, e ainda a utilização do Código Civil Brasileiro, tentando dessa forma a utilização dos mais distintos mecanismos para alcance de uma pesquisa satisfativa e explicativa na tentativa de identificação de fatores que contribuem para a ocorrência do fenômeno em estudo e suas possíveis consequências.

Sendo assim, a intenção deste trabalho é a busca do entendimento e compreensão desse desequilíbrio entre as instituições hoje verificado de forma explícita e seus desdobramentos na relação com a figura das minorias, além das consequências e riscos que o aquele repercute no ordenamento jurídico e

¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 151.

² GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

principalmente na sociedade. Dessa forma ao estabelecer o estudo nessa problemática se busca a tentativa de demonstrar e lidar com a situação atual que figura-se entre o legislador e o intérprete.

2 O LEGISLADOR

2.1 Um Esboço do Legislativo

Nas revoluções, primeiramente a americana e a seguir francesa procederam as Constituições estruturadas conforme a “separação de poderes” à moda de Montesquieu, levando-se em consideração a organização estatal como uma divisão do poder por três órgãos, específicos em determinada função e paralelamente independentes, ou seja, em Poder Executivo, direcionado para a função administrativa, Poder judiciário, encarregado da função jurisdicional, e Poder Legislativo, tendo como tarefa exercer a função legislativa. A divisão de poderes mencionada acima é resultado da influência de Montesquieu, de forma secundária no plano das ideias de Locke e baseada em uma classificação de funções de Estado que Aristóteles desenhou séculos antes, de forma, mecânica o equilíbrio político.

Da função legislativa é que trata o presente capítulo e suas peculiaridades na lógica da estrutura de estado atual, nesse aspecto a visão tradicional do legislador é relacionada a termos formalistas como poder legislativo, órgão legislativo, procedimento legislativo e entre outros, parlamentares. Dessa forma a doutrina em geral estabelece a figura do legislador principalmente pelos aspectos formais e procedimentais, Silva³ ao tratar em âmbito federal do poder legislativo divide o em, Câmara dos Deputados e Senado Federal, ambos compondo o Congresso Nacional, referindo-se ainda as suas mesas e comissões. Sendo as atividades do Congresso, segundo o mesmo, dispostas em cinco grupos: as atribuições legislativas (produção das leis), as atribuições de fiscalização e controle (comissão parlamentar de inquérito, tomada de contas, controle externo etc.), as atribuições deliberatórias (prática de atos de autorização, resolução, sustação de atos, etc.), atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade (julgando o Presidente da República,

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 509-541.

Ministros de Estado, Ministros do STF, entre outros) e atribuições constituintes (elaboração de Emendas Constitucionais).

Em relação a exposição do processo legislativo Ferreira Filho⁴, entende aquele como um conjunto preordenado de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção ou veto e promulgação e publicação) que tem como finalidade a criação de normas de direito, e por procedimento legislativo o modo pelo qual se processam os atos do processo legislativo, com o entendimento final de que o legislador seria o indivíduo membro do poder legislativo, estabelecendo suas considerações no aspecto formal de elaboração do texto legal.

Segundo Canotilho⁵, o processo legislativo se estabelece como “o procedimento legislativo corresponde a um complexo de atos dotados de autonomia, com qualidade e função heterogênea, que são praticados por diversos sujeitos visando à produção da lei”.

Utilizando-se dessa lógica interpretativa a respeito do termo legislador, o mesmo tem um principal significado, o de parlamentar (individual e coletivamente), estabelecido quando em atuação no processo legislativo formal e integrante do Poder Legislativo, compreensão semelhante é a da jurisprudência brasileira que assim como a doutrina segue o paradigma formalista, identificando o legislador como o político encarregado do processo legislativo parlamentar. Nesse sentido a figura do legislador é estabelecida aqui em *stricto sensu*, caracterizando assim o processo legislativo e o parlamento brasileiro.

Na dialética da separação dos poderes, a figura do legislador apresenta valor amplo e interligado à importância da democracia, esta que sustenta os pilares da sociedade e seu jogo político. Dessa forma o legislativo assume a responsabilidade ao mesmo concedida de transpassar a vontade geral e particular do povo para o estado. Na extrema importância da legislatura pode-se tirar um mau renome, diretamente relacionado a certos atributos passados e atuais, no entanto deve se entender as particularidades do legislativo na tentativa de se buscar uma lógica estruturante mais eficaz.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6. ed. Ver. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195-252.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 807.

Nesse ponto Waldron⁶ traz essa intenção ao discorrer:

(...) tentarei recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislatura que a apresentem como um modo de governança dignificado e uma fonte de direito respeitável. Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem de legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito.

A tentativa de alterar o pensamento em relação ao legislativo é a finalidade do pensamento acima, por razões referentes à credibilidade e o esquema majoritário, a figura do legislador vem sendo conduzida para uma espécie de “vilania” adiante analisada, no entanto é preciso uma melhor disponibilidade de entendimento e desempenho eficaz na tentativa de trazer a tona os ideais e características referente ao legislativo hoje esquecidos, ou pelo menos, não tão presentes no que diz respeito à autonomia e real valor do aspecto referente à democracia e a política. A importância do legislador traz consigo a importância da sociedade na resolução de questões, se por ventura, não se consegue um exercício pleno dessa representatividade, as razões são substanciais, o esquema geral não deve assim ser prejudicado, nem tampouco suprimido em relação a outras formas de resolução. A importância do legislador no jogo político, não se tem como negar, nem retirar a participação social na resolução de conflitos, precisando assim um maior ênfase da filosofia política, jurídica, social, com o fim de estabelecer critérios de alcance da solução de controvérsias estabelecidas no legislativo.

Contribuição importante e inicial seria o questionamento de o que é?, como se caracteriza?, a importância?, e como se encontra o legislativo?. Dessa forma na tentativa de responder aos questionamentos se consiga entender e solucionar problemas inerentes à figura do legislador na realidade atual. No Brasil a figura do poder legislativo é desacreditada pela sociedade por razões adiante mostradas, no entanto primeiramente é necessário se demonstrar sua importância e estrutura.

Os representantes eleitos em uma democracia estão lá para servir ao povo, através do desempenho de muitos papéis essenciais ao funcionamento de uma

⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Tradução Luís Carlos Borges, revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2-3.

democracia saudável. É caracterizado no aspecto ideológico como o principal fórum para deliberar, debater e aprovar leis em uma democracia representativa. Seria o parlamento quem tem o condão de limitar a aprovação das decisões de um chefe imperial, com poder de supervisão questiona publicamente os membros do governo por atos e decisões, servindo de controle ao poder dos vários ministérios, estabelecido assim como um fórum para exames públicos de questões de interesse nacional. A importância do poder legislativo é diretamente proporcional ao peso de uma democracia na sociedade.

Não se pretende aqui uma exposição detalhada de suas funções e atribuições, muito menos um fluxograma de ensino a respeito da estrutura do poder legislativo, tal encargo, fica por conta de manuais ou do próprio regimento do congresso nacional, se repensar a lógica estruturante da função legislativa na realidade da democracia brasileira se foca como parâmetro, bem verdade que essa, no debate proposto termina por demonstrar características ambíguas na realidade atual, no entanto esse aspecto ligado ao fator representatividade e o enfrentamento entre a função legislativa e a função estabelecida pelo judiciário será devidamente discutida em hora oportuna. Em primeiro momento a luz do palco deve ser apontada para a importância e grandiosidade que a função legislativa exerce em uma sociedade democrática.

Importância essa que parece esquecida por muitos e nesse sentido contribuição de Waldron⁷, na busca de trazer de volta a influência legislativa para uma sociedade que terminou por menosprezar essa função, segue:

Em outras palavras, tenho certeza de que a má reputação da legislação na teoria jurídica e política está intimamente relacionada com o entusiasmo (especialmente o entusiasmo da elite) por essa mudança. As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

Não estou convencido disso; mas não é minha intenção argumentar aqui contra a revisão judicial da legislação. Penso que é imperativo, porém, que tal reforma não seja empreendida sem uma percepção clara do que é valioso e importante na ideia de uma legislatura e da dignidade e autoridade que a legislação pode angariar.

⁷ WALDRON, 2003, p. 5.

O confronto hoje encontrado na sociedade, relacionado as palavras acima expostas caracteriza-se como uma das causas da inquietude popular em relação à legislação, inegavelmente possui fundamento, mas se caracteriza muito mais como fuga que como solução, aspecto tratado nesse estudo. Oportuno seria utilizar desse momento para estabelecer o peso e a responsabilidade da função legislativa na sociedade e restabelecer o caráter democrático na resolução de conflitos. Certo que a democracia brasileira é jovem, no entanto, a pós-modernidade é imediatista, cabe assim um amadurecimento da instituição nesse aspecto, desempenhar o seu papel inerente de forma concreta para assim conseguir estabelecer sua função de forma respeitável e honrar todo o aspecto ideológico inerente a função legislativa.

A representação popular é um marco essencial para o triunfo da função legislativa dentre as funções do poder, toda a desestigmatização da indignidade da legislação em referência a Waldron, deve ser lembrada. Não se objetiva adentrar em aspectos inerentes a estrutura legislativa ideológica, esta não deveria ser questionada, por razões de toda uma luta histórica e social para se atingir a tão desejada reprodução do anseio popular. Essa inquietude hoje estabelecida em respeito ao poder legislativo brasileiro é estabelecida no sentido de problemas sérios referentes à estrutura em que esse exerce sua função, mas a salvaguarda dessas e sua importância devem ser mantidas principalmente por sua finalidade essencial já exposta, merecendo respeito e uma busca de conciliar função de tal importância com a base instituidora da mesma, tal seja, a devida representação popular.

2.2 Onde se encontra a produção legislativa?

Um dos fatores que gera insatisfação popular e críticas severas a figura do legislador é a produção legislativa ou falta da mesma. É inegável o sentimento da sociedade atual a respeito do Congresso Nacional, extremamente criticado pela imprensa, com grau de desconfiança significativo da sociedade, esse desânimo e descrença da população estão ligados principalmente ao custo que o mesmo propicia para a população e seu retorno improdutivo e ineficaz.

Aspecto relevante nesse sentido diz respeito a questão da confiança, este que é ligado a capacidade da crença da população em geral em relação as ações futuras de outrem. A confiança estabelecida nesse caso seria a tradução do anseio

público quanto a possibilidade do sistema político social trazer para os cidadãos os resultados almejados. A desconfiança nas instituições públicas acarreta no distanciamento da sociedade perante o estado e o presente descontentamento ligado a crença na possibilidade de uma resolução de conflito e, por conseguinte no afastamento da participação popular gerando um perigo em relação a efetividade dos instrumentos estabelecidos por parte do sujeito alvo de tal incredibilidade.

Dessa maneira, a confiança definida por Moisés⁸ seria:

Algo relativo à aposta de que, por meio de sua ação ou inação, os outros contribuirão para meu bem estar ou, quando menos, se eximirão de impor prejuízos a mim; mas, uma vez mobilizada, a confiança envolve riscos, porque ela não assegura necessariamente certeza quanto a seus resultados. A confiança não se restringe, ademais, apenas à relação entre seres animados e, na esfera política, supõe-se que ela preencha o vazio derivado das dificuldades das pessoas comuns em mobilizar os recursos cognitivos necessários para avaliar e julgar a qualidade das complexas decisões políticas que afetam as suas vidas; nesse caso, ela envolve a crença e as expectativas das pessoas a respeito das funções singulares atribuídas às instituições no regime democrático, algo diretamente relacionado com sua qualidade.

Ocorre que existe um paradoxo nesse contexto, o pensamento crítico da sociedade relacionado ao regime democrático como pilar de sustentação do estado e o primado da representação da maioria como ideal, é fato, no entanto, ao se analisar índices de confiança nas instituições públicas os dados revelados demonstram que existe uma distância entre o ideal anteriormente citado e sua prática, instituições como o parlamento, partidos políticos e afins, são rebaixadas, fazendo-se entender que apesar da população em geral acreditar no ideal democrático, o legislativo configura-se como de uma aceitação precária por parte daquela, a credibilidade no regime democrático é estabelecida, porém a representação deste no cotidiano é caracterizada de forma descrente, ou seja, o ideal se mostra distante da prática.

Essa constatação da desconfiança por parte da sociedade em relação ao legislativo é verificada pelos dados de uma sondagem feita pelo instituto IBOPE, no mês de julho do ano de 2013, que mede o grau de confiança do brasileiro nas instituições sociais, foram listadas 18 instituições, entre elas igreja, imprensa,

⁸ MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e Confiança: Por que os Cidadãos Desconfiam das Instituições Públicas?**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 9.

bombeiros entre outras, onde o Congresso Nacional aparece em penúltimo lugar com 29 pontos seguido apenas pelos Partidos Políticos com 25 pontos⁹.

Nessa lógica de desconfiança, o brasileiro demonstra a sua inquietude relacionada ao poder legislativo e sua inconformidade com a estrutura estabelecida na produção legislativa ou falta dela, corrupção e uma não adequada representação popular.

Ao se falar em produção legislativa é necessário entender a lógica estruturante do jogo político brasileiro, hoje se constata o presidencialismo de coalizão considerado por muitos pela sua instabilidade, alto risco, e por quanto maior a fragmentação legislativa, menor é o tamanho do partido do Presidente. Dessa forma, o multipartidarismo impede que o Governo tenha maioria sem que faça coalizões partidárias. Nesse sentido verifica-se o impacto da montagem dos ministérios no relacionamento entre Legislativo e Executivo. O crescimento no número de ministérios chegou à marca de 39 ministros, demonstrando a estrutura de acordos políticos entre o governo e os partidos na tentativa de se obter a maioria.

A repartição partidária do poder na esfera legislativa é um aspecto crucial nas relações entre Executivo e Legislativo. Muitos percebem que o Brasil vive uma crise permanente de governabilidade. Isso se dá porque as instituições brasileiras funcionam mal, as limitações da democracia no Brasil advêm de um sistema eleitoral ruim, das regras partidárias, incluído ao que promoveria a legislação paroquialista.

Outro aspecto a ser avaliado é que a conexão eleitoral brasileira é multifacetada, pois em alguns lugares ela é muito prolixa e em outros é muito apertada. Embora o multipartidarismo, a competição entre candidatos se dá em uma parte nanica do Brasil, pois há uma continuidade de candidatos que são reeleitos e de partidos vencedores. Quanto menor o índice de desenvolvimento humano (IDH) em determinado distrito, maior a probabilidade de haver poucos candidatos, não pela distritalização, mas pela oligarquização.

No que se refere a questões orçamentárias, o Executivo mantém um rígido controle sobre, valendo-se de regras e métodos institucionais, o que evita que o

⁹ IBOPE Inteligência, **ICS** – Índice de Confiança Social 2013. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB%2013_0963_ICs%20JUL%202013_Apre_senta%C3%A7%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 05 set. 2013.

Parlamento transforme o orçamento na sua essência, tendo como consequência superioridade do Executivo sobre o Legislativo, dessa maneira Pereira¹⁰:

A gama de recursos institucionais que conferem ao Executivo o controle do processo de elaboração e execução do orçamento federal contrabalança as possíveis fragilidades dos seus sistemas eleitoral, partidário e federativo, tantas vezes apontados pela literatura como responsáveis pelas mazelas e problemas governativos no Brasil.

Pelo Brasil vivendo o que se chama de presidencialismo de coalizão, há dois aspectos básicos acerca desse contexto: alguns entendem que os Deputados são indisciplinados e estão preocupados nas questões pessoais, característica do modelo distributivista; outros entendem que há disciplina partidária e os trabalhos legislativos são ancorados na ação dos partidos, o que caracteriza o modelo partidário. Há no Legislativo brasileiro ambiente para as duas conjeturas: ora o Legislativo enquadra-se em uma, quando os Deputados estão interessados nas questões pessoais (orçamento, como exemplo), ora o Legislativo enquadra-se em outra, uma vez que os trabalhos legislativos estão ancorados nas atividades dos líderes dos Partidos.

Nesse sentido verifica-se um papel de hierarquia por parte do executivo em relação ao Legislativo, todo esse papel resulta na produção legislativa do Congresso, dando a sensação que o Parlamento seria mero despachante do Executivo, essa estrutura é demonstrada pelos números adiante analisados. Nesse contexto do jogo político verifica-se a influência extrema do governo na agenda do Congresso e nas votações. Bem verdade que a Constituição de 1988, propicia a figura do Executivo, medidas que garantem maior fluidez na propositura de questões, a medida provisória é um exemplo, não tendo assim aparato a lógica do parlamento como um entrave a figura do executivo, hoje constata-se um papel de maior destaque em matérias relacionadas e de cunho social ao Executivo, deixando para o Legislativo, medidas de caráter convencionais do dia a dia.

Esse aspecto explicaria a diminuição do papel do Congresso Nacional, na propositura de leis no período pós Constituição de 1988. A aprovação de leis pelo Congresso se configura inferior a do Executivo e nesse entendimento um dos argumentos seria que em razão dos incentivos paroquiais relacionados ao sistema eleitoral de lista aberta, os congressistas preferiam em suas campanhas tentar

¹⁰ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. **Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão**: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do Orçamento brasileiro. Dados – Revista de Ciências Sociais, vol. 45, n. 2. 2002, p. 283.

angariar clientelas eleitorais, geográficas, setoriais em seus estados. Nesse sentido, a produção legislativa se encontra baixa em relação ao Executivo, argumento estreitamente ligado ao assunto se encontra em Amorim Neto e Santos¹¹:

Em primeiro lugar, sabe-se que o Poder Legislativo é muito menos ativo do que o Executivo. Figueiredo e Limongi (1999) mostram que, entre 1989 e 1998, apenas 14% das leis aprovadas foram de autoria de deputados e senadores ou de comissões parlamentares. É interessante notar que, entre 1946 e 1964, a produção legislativa do Congresso chegou a 57% do total (Pessanha, 1997). O que explica tal diferença? Para Figueiredo e Limongi, isto se deve ao fato de que a Constituição de 1988 conferiu ao chefe do Executivo prerrogativas legislativas mais extensas, dando ao presidente, hoje, um férreo controle sobre a agenda legislativa do país.

No entanto, a atividade legislativa atual do Parlamento se configura surpreendentemente menos dependente ou poderia se dizer não hierarquicamente inferior ao Executivo, que sempre dominou a agenda legislativa, vem estabelecendo assim uma maior participação em relação às estatísticas e relacionando-se a questões sociais nacionais, indo de encontro ao pensamento de atitudes paroquialistas por parte dos congressistas. Foram os parlamentares os autores da maioria das leis aprovadas em 2012: 78 contra 56 do Executivo e 17 do Judiciário e duas do Ministério Público.

Em relação a proposição, conforme Queiroz¹²: 75% ou 118 leis derivam de projeto de lei ordinária (PL); 15% ou 22 foram provenientes de medida provisória (MP); e 10% ou 15 leis surgiram de projetos que tratam de matéria orçamentária (PLN). Das 153 leis, 61% ou 94 estabeleceram sua votação no plenário e 39% ou 59 aprovadas nas respectivas comissões temáticas. Ainda vale ressaltar que das 153 de 2012, apenas 56 leis são de iniciativa do Poder Executivo. Destas, 22 derivaram de Medidas Provisórias, 15 tiveram origem em projeto de lei do congresso nacional (PLN), tratando exclusivamente de matéria orçamentária; e de 19 de projetos de lei.

É necessário fazer uma ponderação em relação aos números no que diz respeito ao tema proposto é sabido que temas relevantes naturalmente demandam maior tempo e um debate aprofundado e mais acirrado, nesse sentido a análise quantitativa dos dados não necessariamente atribui uma crítica à atividade parlamentar, no entanto verifica-se a sensação da sociedade em geral no sentido da

¹¹ AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. **A Produção Legislativa do Congresso: Entre a Paróquia e a Nação.** In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. VIANNA, Luiz Werneck. Organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002, p. 92.

¹² QUEIROZ, Antônio Augusto. Conjuntura prejudicou produção legislativa neste ano. **Revista Consultor Jurídico.** 25 de dezembro de 2012 On Line. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-25/retrospectiva-2012-conjuntura-prejudicou-producao-legislativa-neste-ano>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

produção legislativa quantitativamente e qualitativamente não corresponder com o gasto empregado para o Poder Legislativo.

Essa sensação da sociedade reflete na credibilidade daquele, elevando assim a cobrança que justamente é salutar, mas que termina por muitas vezes levando a ideia de crítica a função legislativa e enaltecimento da função judiciária. Um aspecto não justificaria assim o outro, notadamente em uma estrutura social deficitária como a do Brasil, a improdutividade do Parlamento brasileiro causa indignação principalmente ao gerar o sentimento crível que a voz do povo não transparece no Congresso.

A produção legislativa termina por pautar em questões políticas eleitoreiras, ao passo que questões que não tem um escopo relacionado a angariar votos ficam em segundo plano, gerando diferenças e uma falta de legitimação de direitos, nesse quesito ora tratado por este trabalho, a atividade legislativa apresenta inúmeras falhas de ordem gravíssimas no sentido de uma maior participação de minorias e a preservação de direitos fundamentais. Nesse aspecto verifica-se que a questão crucial não seria somente a improdutividade parlamentar, até porque, o número pequeno de leis aprovadas não significa uma indignidade do legislativo, a produção pode ser pequena e ter sua qualidade constatada, esse aspecto, é o grande marco na incredibilidade da população no Congresso, as leis se levadas em consideração o aspecto qualitativo e sua forma técnica, também se mostram falhas repercutindo em diversas discussões de aplicabilidade e segurança.

Sendo assim, é preciso uma preocupação maior não em relação a produtividade ou números, mas sim com sua qualidade e efetivo valor. O ponto ligado ao aspecto principal no trabalho, não verifica-se assim com a questão da produção legislativa, mas sim com a representação e a capacidade de se caracterizar uma salvaguarda de direitos para uma parte da população que não se mostre devidamente representada e principalmente respeitada de forma adequada.

2.3 Entre o Direito e a Religião

A ligação entre o direito e religião é tema complexo e singular, todo o avanço e constructo histórico relacionado à sociedade a figura da instituição religião esteve diretamente presente, com o desenvolvimento natural da sociedade e consequentemente do direito, se estabeleceu a figura do estado laico, mas

atualmente, mesmo com todo esse avanço em relação a uma maior independência entre as instituições citadas, o questionamento de até onde esse desligamento é estabelecido e até que ponto a influência religiosa é ligada ao direito, é crescente.

A religião é um sujeito típico presente na relação do direito e sociedade, essa influência é marcante na busca de uma possível solução de conflitos relacionados aos direitos fundamentais e temas diretamente ligados a minorias, estas que se configuram como tal no sistema representativo, e nessa lógica a influência de dogmas relacionados a crenças e pensamentos pessoais interferem diretamente na efetividade e legitimação de direitos por parte daquelas.

Em relação a cargos eletivos para o executivo, é mais fácil identificar a obrigação de uma independência de suas crenças pessoais, já que nesse caso os governantes são representantes de todos e chefes de um estado laico, em sua vida pessoal poderá professar sua fé. No caso específico de cargos eletivos relacionados ao poder legislativo, o caso é diverso, esses, representam determinados grupos que os elegeram baseados em sua proposta e argumentos muitas vezes pessoais, desenvolvendo assim a representação de interesses de determinados grupos da sociedade, nesse aspecto, defendem muitas vezes dogmas e interesses de grupos e religiões específicas. Como exemplos, hoje no Congresso Nacional é estabelecido o fenômeno da existência de bancadas setoriais como a ruralista, verdes, e cada vez crescente e mais forte a bancada evangélica. Consistem em parlamentares que representam interesses comuns e por tal agem articuladamente visando a defesa e imposição das motivações em que acreditam, não obstante estejam, a princípio, agindo ilegalmente.

Diretamente ligado ao tema nesse quesito é a figura da bancada evangélica, ou sendo mais realista a bancada religiosa que comungam de preceitos dogmáticos pessoais e interferem com base em argumentos religiosos ou morais na discussão e aprovação de matérias ligadas a direitos fundamentais, principalmente referentes a determinadas minorias.

Muito se questiona a respeito da laicidade do estado, nesse sentido por Blancarte¹³, estado laico seria “um instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e direitos do conjunto de cidadãos”. Interessante argumento é retirado de

¹³ BLANCARTE, Roberto. “O Porquê de um estado laico”. In: LOREA, Roberto Arruda. (org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25.

Zylbersztain¹⁴ na tentativa de elucidar a laicidade, não devidamente estabelecida de forma explícita pela Constituição, segue:

É possível entender que a laicidade consiste na garantia da liberdade religiosa e da não submissão pública a normas religiosas e rejeição da discriminação compreendida em um novo contexto em que a legitimação do Estado não se encontra mais no divino, mas na legitimação democrática constitucional, garantidora de direitos fundamentais. Ou seja, a laicidade relaciona-se com a democracia, com a liberdade e com a igualdade.

Dessa forma, Sarmento¹⁵, menciona que “a laicidade não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateuista ou refratária à religiosidade (...), pelo contrário, a laicidade impõe que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade”. No ordenamento jurídico brasileiro o questionamento referente à laicidade do Estado, tem por base a Constituição que muito embora não explicita, traz em seu bojo inúmeros princípios que solidificam o princípio da laicidade no âmbito constitucional, valores e princípios relacionados à igualdade, à democracia e à liberdade configuram-se como o princípio da laicidade, e por sua razão de ser caracteriza-se como regra de otimização para a realização no caso concreto.

Tendo como ponto de partida a influência de parlamentares religiosos em sua atuação, a priori, legítima, enseja na confusão entre laicidade do estado, livre expressão de pensamento e liberdade religiosa, é sabido que esses fatores marcam a pauta de discussões referentes à legitimação de direitos e aspectos controversos de uma sociedade pluralista e complexa, em determinados casos essa influência é explícita e configura-se como um espelho da religião, por determinados parlamentares. Não se questiona aqui, o posicionamento pessoal e seus critérios de estabelecê-los, o que se questiona é em sistema pautado pela democracia representativa, até que ponto, essa influência religiosa não deixa de ser um aspecto de liberdade de expressão e liberdade de crença para se chegar a uma determinação por imposição de aspectos pela “vontade da maioria”, mesmo nesse caso, indo de encontro ao princípio da laicidade ou em aspectos práticos uma sobreposição de princípios.

¹⁴ ZYLBERSZTAJN, Joana. **O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. 248f. (Tese USP) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, março de 2012, p. 37. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/.../2/.../Joana_Zylbersztajn_TESE_Corrigido.pdf>. Acesso em: 05 de nov. 2013.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. 2008, p. 191. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Por diversos fatores essa preocupação é presente no trabalho como adiante será demonstrada em relação à união homoafetiva essa influência de instituições religiosas foi estabelecida nos argumentos no decorrer do julgamento da ADPF 132 ADI 4227, não suficientemente nesse conflito específico, em outros debates acerca de temas envolvendo os dogmas religiosos a influência das instituições são sempre presentes, no caso tratado específico, a postura de inúmeros parlamentares nesse tipo de debate configura-se como um espelho dos dogmas e crenças pessoais de instituições seculares.

A aceitação ou não de definidos temas, como, por modelo, as pesquisas com células tronco ou a legalização do aborto, não vai lancear o princípio constitucional referente a liberdade de religião. O campo de ligação das Igrejas com o Estado deve se dar no setor da moralidade, ficando aquela com a possibilidade de estabelecer comentários sobre a moralidade de governos e de suas políticas com base em sua crença e práticas religiosas, mas não devem se encaixar na possibilidade de ditar tais políticas públicas. Nesta linha de entendimento, Piovesan¹⁶, tenta elucidar tal questão:

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.

Verifica-se em países com uma grande influência religiosa, um aparte em relação a instituição, no entanto, as políticas públicas e leis se consagram de extrema inspiração por valores e crenças religiosas, nesse caso, países que possuem um lastro de tradição católica por exemplo, terminam por não ter uma ruptura adequada em relação aos valores da igreja e os aspectos de uma sociedade plural.

Na realidade americana a laicidade ou mesmo a separação entre estado e igreja, é consagrada pela primeira emenda, que proíbe o congresso de legislar para uma religião específica ou no sentido de proibir e coibir o livre exercício de religiões

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos**: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Volume I. Curitiba: Juruá, 2006, p. 24.

diversas. Nesse aspecto, Pinheiro¹⁷ relembra que “a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos trata de diversos temas, dos quais dois são atinentes a questões religiosas: as proibições de extinção da liberdade de exercício da religião (*free exercise clause*) e de estabelecimento de uma religião oficial ou de preferências a um credo em detrimento dos demais (*establishment clause*)”. Sendo assim a análise final fica a cargo da Suprema Corte, semelhantemente a realidade brasileira que a questão da laicidade é analisada utilizando-se de correlação entre princípios.

A organização sociopolítica americana que é baseada na livre expressão termina por passar pelos mesmos questionamentos e dúvidas em relação a separação entre estado e igreja como ocorre no Brasil, essa realidade é encontrada quase que na totalidade dos países, não sendo assim uma situação específica da sociedade brasileira.

O estado laico termina por exercer um papel fundamental em relação a democracia, nesse caso, diretamente ligado a igualdade e liberdade, na tentativa de buscar a garantia de cidadãos que creem em religiões distintas, tenham sua religiosidade e opinião respeitadas. Nesse aspecto interessante Huoco¹⁸, nota que “a laicidade permite a convivência de diferentes formas de conceber o mundo sem necessidade que elas tenham que sacrificar sua identidade distintiva em prol de um igualitarismo uniformizador que ignora as peculiaridades próprias”. A finalidade essencial da busca por uma concretização do estado laico é exatamente a preservação de garantias dos não seguidores de específicas religiões majoritárias, aliada ao fato da busca por uma igualdade de pensamento e influência no estado.

Ao se tratar de laicidade, muitos, terminam por confundir a última com o estado ateu. Esse argumento geralmente é utilizado por parte de indivíduos que consideram importante a influência da igreja no estado, em temas controversos e polêmicos geralmente usam a expressão “o estado é laico, mas não é ateu”, a confusão se estabelece exatamente nesse aspecto, ao se relacionar os termos na tentativa de se legitimar a influência da igreja no estado, dessa forma, terminam por

¹⁷ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Direito, Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 42.

¹⁸ HUOCO, Marco. **A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito**. In: LOREA, Roberto Arruda. (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45.

usar essa expressão em referência a permissão para valores e crenças de religiões específicas nortearem de alguma forma a sociedade.

Nesse sentido, vale ressaltar o que seria o estado ateu e a forma que este se estabelece em uma sociedade. A premissa que posiciona o Estado ateu no papel de inibidor da religião, não deve ser aceita. Esta situação configura-se diferente da compreendida pelo significado do termo ateu, que consiste, em quem não acredita em Deus, ou não acredita em religião qualquer. A relação do termo com o Estado já deixa sem questionamento a interferência da Igreja no mesmo, no entanto, não necessariamente, o Estado teria um papel de coibir a prática religiosa. A definição traz como importância a compreensão que a expressão amplamente utilizada por parte dos defensores da influência religiosa no Estado, tal seja, “o Estado é laico, mas não ateu” se configura de alguma maneira tendenciosa, caracterizando assim a laicidade como um aspecto permissivo para a interferência, pelo mesmo não ser ateu, é preciso entender nesse ponto que a lógica da laicidade seria o instrumento para que nenhuma religião em específico exerça interferência em um estado democrático, ou seja, de todos e para todos, não sendo um inimigo e perseguidor de nenhuma ou todas as religiões, mas também não sendo um divulgador ou baseando em seus alicerces pelos valores e crenças de instituições específicas.

A laicidade é caracterizada como um princípio constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que a Constituição não tenha o explicitado, traz inúmeros princípios e uma carga de valores, como exemplos liberdade, igualdade, referência aos ideais democráticos e conseqüentemente a liberdade religiosa no sentido do artigo 5, §2 que estabelece direitos não explícitos no texto da Carta Magna. Nas democracias contemporâneas a ambigüidade em relação ao tema é utilizada, dessa forma deve-se assim recorrer a teorias de princípios para que se consiga o conceito e lógica do Estado laico. A procura pela busca conceitual se da na tentativa de uma solução de tanta controvérsia em referência ao tema, para que assim se concretize o princípio estabelecido, este que se configura como um mandamento de otimização para exercer em situações concretas.

Dessa forma, é válido o entendimento que a laicidade se configura como um princípio implícito na Constituição e tem como característica a utilização em casos

específicos e concretos, nesse sentido é o entendimento de Sarmento¹⁹, ao tratar desse aspecto:

A laicidade do Estado não é um comando definitivo, mas um mandamento constitucional *prima facie*. Trata-se de um típico princípio constitucional, de acordo com a famosa definição de Robert Alexy: um mandado de otimização que deve ser cumprido na medida das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, e que pode eventualmente ceder em hipóteses específicas, diante de uma ponderação com algum outro princípio constitucional contraposto, realizada de forma cuidadosa, de acordo com as máximas do princípio da proporcionalidade.

Tendo como desfecho a conceituação proposta acima, a laicidade é instrumento de extrema importância para a manutenção do estado democrático e a tentativa de alcance de um equilíbrio entre diferentes posições relacionadas a fé e crença, além do estabelecimento do princípio da igualdade, um dos pilares de sustentação da Constituição e do ordenamento jurídico. A questão da laicidade é amplamente debatida e muitas vezes questionada, no entanto, a sua extrema importância muitas vezes parece esquecida e a influência ou interferência direta dos valores da Igreja terminam influenciando de diversas formas o papel do Estado.

Como já mencionado essa influência da religião no Estado em alguns casos extrapola o razoável, por diversas razões, de caráter direto e indireto, essa interferência enseja muitas vezes no rompimento da proporcionalidade relacionada a liberdade religiosa e de expressão para se configurar como um laço substancial dos valores religiosos na sociedade. Na lógica da representação adiante analisada esse aspecto fica mais fácil de se entender, até aceitável, levando-se em consideração o aspecto majoritário, no entanto, a questão relevante para o presente trabalho se configura no papel das minorias nesse jogo democrático e por assim ser, é notório que aspectos relacionados a essa questão terminam por ensejar problemas e conflitos presentes em uma sociedade tão complexa e plural.

Ao se falar na figura do Legislativo, atualmente, um aspecto que crescentemente vem tomando a pauta de discussões é a representatividade religiosa, ou a sua organização e estruturação com a tentativa de preservação de valores específicos e a imposição de questões inerentes as suas determinadas crenças. Nesse caso, a referência é ligada a questões polêmicas inerentes a uma sociedade demasiadamente diversificada. O papel do legislador, como falado

¹⁹ SARMENTO, Daniel. “O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado”. In: LOREA, Roberto Arruda. (org.) Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200.

anteriormente é mais complexo que a figura do chefe do executivo, este que como exerce função de chefia e liderança para todos os cidadãos, é mais fácil o entendimento de que sua crença não deve ter influência, ao passo que, nos parlamentares, levando-se em consideração o sistema de representação, seus valores e crenças podem exercer uma característica de maior parcialidade, na lógica que seriam representantes de determinados setores específicos, no entanto, até que ponto essa parcialidade seria regular, é uma das perguntas que envolve a questão do papel do legislador, suas funções e prerrogativas.

Esse aspecto controverso é um dos pontos-chaves de discussão envolvendo a questão do sistema político e a representação em relação às minorias e assuntos relacionados a sociedade contemporânea que se caracteriza complexa, livre e plural. Não se encaixando em um modelo similar para todos, de um padrão específico a ser seguido, este aspecto é tratado como uma evolução de pensamento, comportamento e de direitos pela população, a liberdade conquistada e ainda buscada por muitos, termina sofrendo com a imposição de dogmas e padrões específicos que a maioria pode tentar impor. A interferência da religião ou de crenças em debates referentes às minorias é cada vez maior e estabelece a pauta de discussões sobre aspectos polêmicos que de alguma forma se tenha ligação com a cultura ou tradição relacionada a religião.

Nesse aspecto, a imposição da fé e crença de religiões majoritárias se configura como desrespeito não só para agnósticos e ateus, mas principalmente para religiões que terminam por não serem reconhecidas como tal e não serão respeitadas nem terão livre exercício como as religiões majoritárias que se relacionam diretamente com as crenças e valores da maior parte da sociedade.

Dessa forma, segue as palavras de Almeida²⁰:

Interpretar a liberdade religiosa à luz dos valores religiosos da maioria é simplesmente deixar de reconhecer o vínculo entre esse princípio e todos os outros direitos que lhe são conexos, como o direito à igualdade, à liberdade de expressão e à separação entre Igreja e Estado.

Em relação ao legislador, ocorre muitas vezes uma pauta religiosa oficial que se encontra no parlamento por representantes legalmente eleitos em consequência dessa base valorativa, aliada a essa questão se estabelece uma dificuldade de

²⁰ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia: A questão do ensino religioso nas Escolas Públicas**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008, p. 109.

identificação que as crenças e valores da religião foram utilizadas para se chegar no entendimento alvitado pelo parlamento.

2.3.1 Atuação Parlamentar e Pauta Religiosa

O parlamento, pela sua própria razão de ser, termina por se transformar em um misto de realidades, pensamentos e interesses diversos e conseqüentemente um palco de conflitos distintos, estes motivados pela representação diversificada de diversos setores, classes e consciências da sociedade que transformam a casa legislativa em um modelo micro de sociedade ali estabelecida por seus respectivos representantes, dessa forma, a democracia representativa ideológica seria concretizada, no entanto, por questões adiante analisadas no que se refere a democracia representativa, em muitos casos e atualmente extremamente explícitos, ocorre um fechamento e uma espécie de reunião de pensamentos e consciências de questões semelhantes entre diferentes grupos de parlamentares.

Essa reunião e agrupamento de parlamentares são conhecidas e chamadas de bancadas, existem diversas no parlamento, o que se configura natural, pelo modelo representativo, essas ocorrem como forma de união entre possíveis iguais e agrupamento de parlamentares que se assemelham no intuito de conseguir uma maior expressividade e um maior poder em suas questões de interesse mútuo.

Várias bancadas são expostas no Congresso Nacional, podendo-se citar a ruralista, empresarial, feminina, ambientalista, sindical entre outras e para o assunto ora tratado a tão conhecida bancada evangélica, esta que o número de parlamentares é crescente e com projeções de um contínuo crescimento. Não há problema em uma reunião de interesse, pelo contrário, pela própria noção da representatividade essa mistura de classes e setores no parlamento é salutar, o que se questiona é até que ponto essas bancadas majoritárias influenciam em diversos aspectos na questão da legitimação e garantia de direitos de determinadas minorias.

Na prática ocorre uma demasiada influência de dogmas religiosos nas votações estabelecidas no Congresso, aliada ao fato de uma expressiva parte de parlamentares com pensamentos similares barrarem ou usarem dessa influência majoritária para restringir direitos de alguma parcela da sociedade. É sabido que muitas vezes ocorre uma troca de favores por assim se chamar, o caso entre as mais variadas bancadas, como exemplo, matérias que os ruralistas tenham um

interesse a bancada evangélica apoiaria e a recíproca sendo verdadeira, questões de valores e crenças pessoais embasariam a pauta de votação e terminaria por exercer uma extrema influência na resolução de conflitos de assuntos ligados as minorias ou grupos vulneráveis.

Outro fator relevante ao discorrer sobre o tema é relativo a atuação desses parlamentares considerados conservadores que muitas vezes exacerbam suas opiniões pessoais, e com ou para cumprir acordos políticos terminam por garantir sua atuação com aspectos desfavoráveis a muitos, conjuntamente com uma carga de preconceito e discriminação que não condiz com um sistema político e social que busca uma sociedade igualitária e preserva a liberdade e respeito por minorias e grupos vulneráveis.

Essa influência da igreja e de dogmas conservadores é um aspecto bastante enraizado no legislativo brasileiro, o fenômeno de crescimento dessa bancada conservadora pode ser caracterizado por uma maior organização e estruturação dessa classe que não ocorre em outras no entanto, mesmo sendo majoritária, não pode ocorrer uma extrapolação de direitos quando termina por impor valores ou restringir direitos de outrem.

A bancada evangélica é cada vez mais articulada e estruturada, sendo causa direta do tamanho do crescimento a união e fidelidade da comunidade evangélica a líderes e ou pastores que representam seus valores e crenças, no entanto um efeito nocivo ao sistema eleitoral brasileiro pode ser apontado exatamente nessa questão, a propaganda eleitoral e uma influência extrema em templos e igrejas que talvez fortifique essa fidelidade da comunidade aos seus líderes.

A influência e crescimento desta bancada é notória ao verificar seu tamanho e sua organização, como apontado em reportagem realizada pelo jornal Estado de São Paulo que mostra essa representatividade em números, relatando a distribuição de parlamentares que fazem parte da frente parlamentar no total, divididos em partidos na Câmara dos Deputados, com um total de 76 parlamentares consiste na terceira força, ou seja, se fosse um partido teria o terceiro lugar em número de deputados, sendo superada apenas pelo PT (86) e PMDB (82), conforme apontado por matéria realizada pelo jornal Gazeta do Povo.

No Brasil além da Frente Parlamentar Evangélica, que é estabelecida no Congresso Nacional, em três outros estados existem bancadas evangélicas oficiais, nas Assembleias dos estados de São Paulo, Paraná e Pernambuco, ainda conforme

as reportagens os estados do norte tem uma representatividade de parlamentares evangélicos maior que em outros estados. A explicação para esse crescimento e articulação é paralela ao próprio aumento da população evangélica e como acima mencionado a captação de fiéis que seguem a mesma linha e pauta de valores e dessa forma, os próprios parlamentares terminam por posicionar sua atuação em aspectos que angariem os votos daquela comunidade.

Segundo reportagem da revista *Veja* o histórico de crescimento da frente parlamentar evangélica data do ano de 2003 e enfrentou algumas questões nesse decurso de tempo para hoje se fortalecer e a expectativa de crescimento ser ainda maior para a eleição de 2014:

A Frente Parlamentar Evangélica foi criada em 2003. Três anos depois, o Congresso foi atingido por um escândalo que colocou os evangélicos em evidência da pior forma possível: a Máfia das Sanguessugas, que desviava emendas parlamentares e abastecia os bolsos de deputados e empresários, envolveu 23 integrantes da bancada. Desses, dez eram da Igreja Universal do Reino de Deus e nove pertenciam à Assembleia de Deus. Talvez por isso, os deputados ligados a essas igrejas perderam espaço nas eleições de 2006. A recuperação nas urnas ocorreu em 2010 com a renovação dos quadros políticos. Hoje, representantes da Assembleia de Deus – que tem diversas ramificações e não possui comando único, como é o caso da Igreja Universal – são os mais numerosos.

Além dos deputados, quatro senadores compõem o time evangélico no Congresso. A maioria desses 77 parlamentares pertence à base da presidente Dilma Rousseff. Mas, como algumas bandeiras relacionadas ao aborto e ao casamento de pessoas do mesmo sexo não são prioridade na pauta dos partidos de oposição, os evangélicos acabam ocupando uma função dúbia: apoiam o governo em temas econômicos e de assistência social, mas divergem abertamente quando o Executivo quer, por exemplo, distribuir o "kit-gay" nas escolas primárias ou relaxar as penas para traficantes de drogas²¹.

Esse quadro da realidade das bancadas é o que tange a atuação política desses parlamentares, de diferentes partidos, se unem ao defender suas bandeiras, usam de diversos meios e influências para expressar e exercer sua legislatura baseada em seus valores e crenças são contrários a diversos temas relacionados à sociedade, como exemplo o aborto, a descriminalização da maconha, a união homoafetiva e conseqüentemente a adoção por estes, a eutanásia e são favoráveis a ampla liberdade religiosa. Muitas vezes fazem acordos políticos com outras bancadas para assim conseguir que suas pautas sejam apreciadas ou barrarem a

²¹ CASTRO, Gabriel; MATTOS, Marcela. Vinde a mim os eleitores: a força da bancada evangélica no Congresso, Brasília 23/03/2013. **Veja online**, Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/a-forca-dos-evangelicos-no-congresso>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

aprovação de projetos referentes aos temas acima delineados que não condizem com suas crenças e posicionamentos.

Nesse sentido, alguns casos terminam extrapolando as paredes das casas legislativas e repercutindo amplamente na sociedade, questões, afirmações e posicionamentos polêmicos de muitos legisladores recorrentemente fazem se presentes na mídia, aumentando assim o debate e a concordância de alguns como também a inquietude, revolta e descrença no poder legislativo por outros.

Alguns dos casos que repercutiram amplamente na mídia dizem respeito a questões religiosas, primeiramente o amplamente debatido foi o Pastor e Deputado Marco Feliciano que por um acordo político terminou por exercer a Presidência da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, que por seus posicionamentos a população brasileira se revoltou na demonstração de sua insatisfação com a indicação, esta que foi estabelecida de forma legal pelo processo legislativo, de um Pastor que declaradamente tem afirmado seu posicionamento contrário à legitimação de direitos de certas minorias e por diversas vezes expressou opiniões tidas por muitos como preconceituosas, alienadas, machistas e retrógradas.

O que se pode chamar de “Fenômeno Feliciano” talvez tenha demonstrado a insatisfação de boa parte da população em relação a representatividade, aliado a recusa de muitos em entender o papel de um Deputado conservador na presidência de uma comissão que pelo seu próprio nome já mostra sua razão de ser, no mínimo parece ser paradoxal e contraditório.

Afirmações polêmicas marcam o histórico do referido Deputado, em matéria da Revista Veja alguns desses posicionamentos são elencados:

Feliciano chamou de “práticas promíscuas” o relacionamento entre homossexuais e de “descendentes amaldiçoados de Noé” os africanos. A reação no microblog foi imediata e o parlamentar ainda reclamou por ter sido criticado.

De acordo com a teoria do deputado evangélico, os ancestrais que povoaram a Etiópia, na África, são descendentes de um neto amaldiçoado de Noé chamado Canaã e esse seria o motivo das doenças e da miséria naquele continente, que originou a raça negra. Ao ser recriminado por internautas, Feliciano justificou: “Africanos descendem de ancestral amaldiçoado por Noé. Isso é fato. O motivo da maldição é a polêmica. Não sejam irresponsáveis twitters”.

Com os homossexuais ele foi ainda mais longe. “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (*sic*) ao ódio, ao crime, à rejeição. Amamos os homossexuais, mas abominamos suas práticas promíscuas”, disparou. Por causa de suas afirmações nada ortodoxas, Marco Feliciano já é chamado de discípulo de Jair Bolsonaro. O parlamentar do PP causou confusão quando afirmou, em entrevista ao programa CQC, na última

segunda-feira, que bateria em um filho que fosse gay e não entraria em um avião pilotado por um negro. Disse, ainda, em resposta à cantora Preta Gil, que não deixaria os filhos namorarem uma mulher negra, o que chamou de "promiscuidade"²².

Diversos outros casos polêmicos acompanham o histórico do referido Pastor, afirmações desse tipo e processos judiciais, terminaram por ensejar na indignação e repúdio de muitos, no entanto o Deputado-Pastor seguiu na presidência da Comissão.

Outros casos polêmicos marcam essa questão da pauta religiosa e a atuação parlamentar, o popularmente chamado de Kit Gay, que consistia em material educativo para distribuição nas escolas com o intuito de combater a homofobia, foi alvo de manifestações por parte da bancada conservadora e religiosa e foi barrado a sua distribuição, a questão do aborto também termina por ensejar em uma ampla movimentação da bancada para pressionar o legislativo no sentido contrário a proposta, temas relacionados ao combate da homofobia também são alvos dos protestos do setor conservador, afirmações de diversos membros do legislativo não esporadicamente são manchetes de jornais ao se considerarem polêmicas e muitas vez até preconceituosas, entre outros temas, a proposta da "cura gay" também gerou diversos repúdios, inclusive e principalmente pelo Conselho Federal de Psicologia.

O questionamento por muitos da sociedade, sobre essa influência termina por gerar entre outros fatores complexos em uma descrença por parte do Poder Legislativo, agregado a esse questionamento a própria influência de uma pauta religiosa na atuação parlamentar ocasiona esse efeito de dificuldade na aprovação de projetos que tendem a beneficiar direitos de muitos, não beneficiados por um sistema representativo, que tem uma influência considerada conservadora.

Posicionamentos de diversos legisladores nos mais variados níveis das casas legislativas são caracterizados e se enquadram em uma pauta religiosa, que influencia de forma grandiosa na solução de conflitos relacionados a uma sociedade contemporânea, mista, complexa e plural. É bem verdade que o debate de argumentos diferentes é salutar para o jogo democrático e sempre assim será, no entanto esse debate muitas vezes se configura de forma injusta para alguns, já que

²² CAITANO, Adriana. Deputado liga negros a descendência amaldiçoada de Noé. **Veja online**, 31/03/2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/marco-feliciano-outro-deputado-contra-gays-e-negros>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

o peso majoritário e os diversos posicionamentos agregados a acordos políticos prejudicam amplamente o direito ou a legitimação destes para muitos.

A atuação parlamentar nesse sentido parece prejudicada, onde diversos temas são negativados ou não discutidos amplamente e de forma justa, esse desencontro de posições relacionadas aos princípios constitucionais referentes a liberdade, igualdade e principalmente dignidade da pessoa humana, não beneficiam a democracia ideológica pretendida.

Muito se falou em relação a bancada evangélica, no entanto deve-se mencionar que esta termina por ser considerada como tal por razões de sua própria união, organização e estrutura, ao passo que parlamentares católicos e de outras religiões não tem a mesma união. Os católicos como religião majoritária no Brasil, exercem uma influência de modo igual ou maior, por seu número expressivo, no entanto, não tem uma organização estruturante de união como evangélicos, não compõe assim uma frente parlamentar, ao passo de se organizarem de forma informal, eles são os líderes da chamada Frente Parlamentar em Defesa da Vida e contra o Aborto, que segundo matéria ainda da revista Veja, conta com 220 deputados e 12 senadores.

Por todo o exposto é explícito o dilema e conflito oferecido as minorias e os chamados grupos vulneráveis no que diz respeito a atuação parlamentar e a influência da pauta religiosa, situação prejudicial na legitimação de direitos e garantia de princípios constitucionais que a determinada influência acima termina por exercer, nesse sentido o questionamento referente a democracia representativa é estabelecido por muitos e como lidar com a pressão da maioria em uma sociedade tão diversificada é um questionamento inerente ao tema.

2.4 Quem é representado? Aspectos Referentes à Representação Popular

*“Democracy is the worst form of government, except for all those other forms that have been tried from time to time”.*²³

Pela célebre frase acima descrita, é de grande valia uma breve análise referente à democracia e a representação popular, o aspecto emblemático da frase

²³ Discurso do estadista inglês Sr. Winston Churchill na Câmara dos Comuns, em 11 de Novembro de 1947. Como tradução diz que a democracia é a pior forma de governo, depois de todos os outros testados através dos tempos.

traz exatamente o patamar de reflexão acerca da lógica do jogo democrático diretamente ligado ao contexto em que se insere o tema apresentado por este estudo.

Ao se analisar a democracia é interessante perceber que a mesma é estabelecida de formas diversas e de percepções diferentes nas mais variadas sociedades, no Brasil, pautado por um regime presidencialista, com eleições diretas para o executivo e legislativo, soa estranha entender o modo do Reino Unido, estabelecido por uma monarquia e seu chefe de estado ser instituído por causas hereditárias, ou mesmo a situação do Canadá e Nova Zelândia, condicionados ao exercício de um poder monarca de outro país. No entanto, os últimos são considerados como uma democracia plena, por muitos, ao passo que a situação do Brasil é apontada por outros como uma democracia deficitária.

Logicamente a escolha do chefe de estado não se configura como único aspecto para análise de uma democracia, mas dessa situação se retira a lógica da diferenciação e diversidade de formas de regimes democráticos. Todos os países têm suas diferenças e particularidades, a eleição de juizes e promotores nos Estados Unidos ou mesmo um parlamento composto por não eleitos no Reino Unido, que é a Câmara dos Lordes. Nesses casos, são nuances ocidentais, o que ao se pensar em um contexto global ficam mais perceptíveis as diferenças e contrastes das mais variadas formas de governos democráticos.

Ocorre assim além de um não entendimento sobre esses aspectos controversos, uma descrença e desilusão da sociedade pelos mais diversos motivos em relação ao legislativo, precisando uma análise, desmistificação da democracia e um debate aprimorado com discussões referentes ao modelo democrático e suas possíveis falhas para que se consiga uma superação desta desilusão, desta conscientização política coletiva, e sua discussão permanente dos problemas, na busca de formular soluções oriundas das mais diversas fontes, que podem ensejar em uma participação ativa da cidadania em referência a esta democracia deficitária.

Nesse sentido, uma análise sobre o jogo democrático e sua forma estabelecida é de extrema relevância ao tema, na tentativa de buscar compreender a fuga e descrença de muitos em relação ao sistema democrático, baseados muitas vezes na questão da representação popular ou falta dela de forma prática e eficaz no poder legislativo.

Essa desilusão na representação popular é sentida nos mais variados setores da sociedade, no entanto é fortemente enraizada nas minorias e grupos vulneráveis, dessa forma até pelo modelo democrático geral ou da crença popular da figura da maioria, no sentido referente a imposição majoritária, ainda persiste como o principal entrave no entendimento de respeito pelas minorias e para assim consequentemente uma lógica de modelo democrático mais justo e eficaz.

2.4.1 Representação Política em sentido Amplo e Estrito

A representação política caracteriza-se na relação entre a sociedade política e o Poder, comporta assim três parâmetros, que não são similares, no entanto apresentam elementos de uma mesma realidade: a representação da sociedade pelo poder de forma una, a representação da pluralidade social e a representação da maioria da comunidade no poder.

Em sentido amplo, a representação política para Torres²⁴, consiste:

(...) aquela delegação que abrange a unidade espaço-temporal da comunidade nacional, não em seus interesses divergentes de opinião, classe, profissão ou região, mas, na plenitude de sua integridade e harmonia, unidade de dignidade, na identidade de propósitos de todos os cidadãos irmanados na mesma aspiração patriótica e na mesma fé nos destinos da coletividade nacional. Quem – pergunta finalmente – representará a Pátria, toda, inteira, perante o mundo, perante a história, perante o passado e o futuro?

Dessa forma, o entendimento é que a representação consiste nesse aspecto em um caráter uno, a representação de diferentes classes conjuntamente para uma dimensão maior e unificada, sendo a coletividade nacional. Seria assim a representação da sociedade no Poder Político, a feição da comunidade de uma forma geral, o interessante nesse aspecto é a incorporação de valores e setores divergentes para que assim exerça uma representação no Poder do geral.

Nesse sentido, essa representação pelo pensamento de Ferreira Filho²⁵, seria uma representação imputação, segundo o mesmo “pode significar que a vontade do representante é a vontade do representado. Da representação, pois, resulta uma imputação, a imputação da vontade do representante aos representados (...)”.

²⁴ TORRES, João Camillo de Oliveira. **Harmonia política**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1961, p. 81-82.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6. ed. Ver. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

Na lógica de uma representação caracterizada como genérica, Por corresponder em um aspecto uno e geral, a representação política da sociedade fica caracterizada como atribuição e responsabilidade de representar interesses gerais e coletivos.

Complementando esse pensamento interessante abordagem é feita por Gussi²⁶, ao mencionar Ferreira Filho e sua análise sobre os argumentos de Jellinek:

De fato, a representação, nesse sentido, sempre existiu, o que dá guarida ao argumento de Jellinek, para quem, mesmo na Grécia clássica, existiam instituições representativas. De fato, sempre houve órgãos decisórios cujas ações eram imputadas ao povo como um todo, ainda que este último não pudesse expressar-se em relação aos caminhos decisórios daqueles órgãos. Não se pode negar, portanto, que as decisões das magistraturas atenienses eram consideradas como próprias do povo de Atenas, até mesmo das mulheres que não participavam da vida política. Contudo, a representação como expressão da pluralidade de opiniões surge apenas na Idade Média: “É só então que os órgãos representativos surgem, não para realizar uma imputação de vontades, mas para exprimir a vontade dos representados, para exprimir uma vontade que as condições da época impediam se fizesse ouvir diretamente”. Estava aí não mais apenas a representação como sentido unitivo último e transcendente da sociedade política mas também a representação junto ao Poder, no sentido que José Pedro Galvão de Souza atribui à expressão.

Dessa forma, a partir da idade média a representação política vem sendo apresentada no sentido da expressão da vontade dos representados, essa característica é o que pauta a contemporaneidade, seria assim o sentido estrito da representação política.

Essa representação é estabelecida nesse caso pela pluralidade e complexidade de ideias de cunho político-social. Ao passo que a comunidade tenha uma unidade em relação à representação, a pluralidade é presente, não sendo uniforme, situação esta que é uma característica predominante no modelo democrático do ocidente.

Pitkin²⁷, pode ser considerada como uma das bases reformuladoras da discussão em relação a representação. A partir dela, considerações hoje tidas como relevantes no debate acerca do conceito de representação foram reformuladas e aprofundadas como elementos característicos da representação, tais como o conceito de *accountability* e o de responsividade (*responsiveness*), enquadrando assim ao conceito de representação.

²⁶ GUSSEI, Evandro Herrera Bertone. **A Representação Política**. Tese Doutorado, USP. Direito do Estado 201p. Oriem: Monica Herman Salem Caggiano. São Paulo, 2009, p. 29.

²⁷ PITKIN, Hannah. **O conceito de representação**. In: CARDOSO, F. H., MARTINS, C. E. (orgs.). Política e sociedade. São Paulo: Ed. Nacional, 1983.

O pluralismo social é uma figura natural da sociedade e nesse sentido a referência é ao pluralismo político, ou seja, as diferentes ideologias e conseqüentemente diversos conflitos em uma sociedade política. Essa pluralidade assim consiste na base do modelo democrático e, portanto na representação, é o campo que direciona os aspectos representativos e, por conseguinte todo o jogo democrático. A democracia precisa assim de dois aspectos intrínsecos, tais sejam, a questão consensual e o pluralismo.

2.4.2 Democracia e representação

Os ideais democráticos se encontram em pensamentos e debates, muitas vezes sob um ponto ideológico, uma referência ao modelo imaginário estrutural ideal para uma sociedade, como consequência do receio e comparação com outros modelos sociopolíticos, nesse sentido, parece que a superficialidade do geral no debate coloca a democracia em um patamar superior, sem se preocuparem com a inatingibilidade prática do esboço proposto e idealizado. Não se questiona aqui a referência aos aspectos inatingíveis do modelo democrático, mas deve ser lembrado que muitas vezes por ingenuidade ou não, que a forma estruturante desse modelo muitas vezes leva-se a uma forma tirânica legítima, no sentido de ser respaldado pela maioria.

Dessa forma, desmistificar o modelo democrático é tarefa interessante e relevante, precisando-se assim de um aprofundamento e interesse exclusivo nesse aspecto, no entanto, é fato que a busca pelos ideais democráticos é a finalidade estruturante, para que se consiga um êxito na tentativa de alcance de uma sociedade mais justa e organizada socialmente, e nessa lógica a própria democracia idealizada assume um papel de protagonista, direcionando os pensamentos e discussões na busca de conseguir exprimir o desejo de uma organização política e social mais eficaz.

O papel da democracia nesse aspecto é de extrema relevância, no sentido de atribuir lógica, organização e idealização, muitas vezes colocado com o modelo posto para suprir o déficit de outros piores, a idealização constante na questão nos demonstra o projeto ideológico de se buscar uma garantia de participação e um

papel de protagonista desempenhado pelo povo, nesse sentido segue pensamento conexo proposto por Pedra²⁸, referente a lógica do ideal democrático:

Em sua estrutura filosófica íntima, a democracia é a marcha do mundo para a liberdade e a tolerância. A democracia não é uma classe, nem uma facção, nem um privilégio; é a nação proprietária do governo, o direito de escolha dos representantes populares, o poder organizado da opinião pública.

A título de engrandecer a discussão pela busca da verdadeira democracia, bem como de responder àqueles que fazem objeções ao sistema democrático, estribados, quiçá, pela crítica rousseaniana trasladada, cabe frisar a lição de Lord Russel: Quando ouço falar que um povo não está bastante preparado para a democracia, pergunto se haverá algum homem bastante preparado para ser déspota.

A grandeza democrática, como ideal, é correta, porém deve se tentar entender o que poderia ser a causa ou as causas que terminam por não corresponderem na prática ao esperado, ou mesmo ao idealizado, dessa forma, torna-se para muitos um modelo frágil em alguns aspectos e prejudiciais em muitos outros.

Nessa lógica, um ponto crucial relacionado ao tema tratado, diz respeito a representação ou falta dela, por muitos. Esse aspecto surge como causa do sentimento atual de descontentamento e fuga, esse que configura um fator de desgaste do parlamento e do próprio jogo político, que resulta na distância de muitos na participação ou na própria exclusão de outros nas decisões relevantes para toda a comunidade ou inerentes a específicos grupos tidos como vulneráveis.

A democracia, por Silva²⁹, seria então enquadrada como forma de governo ou modo de atribuição de poder, com valores fortes destacados na maioria, povo, igualdade, liberdade:

Democracia é conceito histórico. Não é por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem. Sob esse aspecto a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

²⁸ PEDRA, Anderson Sant'Ana. Na defesa de uma democracia participativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3795>>. Acesso em: 13 nov. 2013. Apud, BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 266.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125-126.

Toda a historicidade relacionada ao termo e modelo democrático termina tendo relação ao modo de igualdade perante a lei e o domínio de atos dos representantes, esses valores decorrem de uma mutação e evolução histórica, primeiramente o termo Democracia é grego e estabelecida por Heródoto como “governo do povo e para o povo” com a lógica na preocupação da participação do maior número de membros da comunidade, ao decorrer do tempo verificou-se a influência das ideias de Rousseau e Montesquieu, e como todo pensamento foi se desenvolvendo, alterando-se, resgatando-se até se configurar no modelo contemporâneo que consiste na aplicação diversificada entre os diferentes modelos sociais e culturais nos mais diferentes países.

Os mais variados fatores influenciam que o êxito dos ideais democráticos, muito embora presentes nas constituições não sejam realizados. A presença nessas, não ensejam assim a efetividade da realização daqueles ideais, tanto em países tidos como democráticos como em outros de transição. São em estados tidos como extremamente evoluídos na democracia e que se agarram nesse aspecto, os que ao se portar uma lupa, é fácil verificar o desrespeito e alguns absurdos, ou mesmo os estados autoritários mascarados de democráticos que buscam a influência daqueles países em suas constituições, essas que possuem diversos meios de um possível alcance de ideais democráticos, mas que não se concretizam na prática, ficam como instrumentos e instituições que não passam da formalidade para a materialidade, não obtendo assim nos dois casos um modelo eficaz na relação prática com os ideais democráticos.

A democracia dependendo da participação do povo pode ser dividida em três formas: a direta, indireta ou representativa e semidireta ou participativa. A primeira o nome já faz a conclusão, o exercício é exclusivo da coletividade, podendo ser feito através de assembleias entre outros instrumentos, pela evolução social demográfica essa forma termina sendo a mais difícil de concretizar. Na democracia representativa, o povo delega seu poder a representantes eleitos periodicamente, são governados assim por seus representantes. Por último a democracia participativa, propõe o misto das formas anteriores, a representação popular indireta com institutos como exemplo: o referendo, plebiscito, iniciativa popular entre outros.

O Brasil adepto da democracia representativa e participativa com predominância da última configura-se no modelo misto, com forte ligação na representação dos seus cidadãos e na possibilidade do exercício de participação da

sociedade. Nesse sentido é o entendimento expressado pela Constituição Federal de 1988³⁰:

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:

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

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

- I – plebiscito;
- II – referendo;
- III – iniciativa popular.

No entanto, o que se questiona nesse aspecto, no referido trabalho diz respeito a representação da comunidade por seus representantes e principalmente a forma que essa representação é estruturada, relacionando esse ponto à vontade majoritária como ensejo de uma estrutura injusta ou pelo menos ineficaz no sentido de atribuir direitos e garantias a uma parcela da sociedade.

A representação social muitas vezes se destoa no parlamento, a falta de uso de instrumentos garantidores de uma representação e participação mais justa é o ponto chave para o questionamento acerca da estrutura do papel do legislativo na relação com as minorias. A democracia representativa ainda termina por prejudicar a relação da sociedade e o jogo político, se configura como instrumento ineficaz no aspecto de participação popular por muitas vezes ser resultado ou causa de um desvirtuamento da vontade do cidadão.

Cabe assim elucidar que a democracia representativa ou seu modo de operação, consiste em uma alienação de soberania, como trata Rousseau³¹, perigosa para a vontade coletiva e sua eficácia na solução de conflitos ou mesmo na recíproca do ato parlamentar em relação a sociedade:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou é a mesma, ou é outra – não existe meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz bem merece perdê-la.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p.292.

³¹ ROUSSEAU, J.J. **Do contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 114.

Nesse ponto a democracia representativa traz um aspecto de perigo relacionado a participação popular e o modo de eficácia da mesma, levando assim a preponderância da chamada democracia participativa como um instrumento de maior êxito na resolução de conflitos, tendo como argumento principal a vontade direta expressada pelo povo através de mecanismos mais diretos, legítimos e eficazes.

A evolução de instrumentos para uma maior participação popular e nesse caso o papel da democracia participativa se coloca como em destaque, não se configura como um rompimento e exclusão do modelo representativo, caracterizam-se assim como forma de convivência entre os aspectos desse e relação com aspectos da democracia direta. É preciso assim reconhecer a soberania popular, concretizar a vontade dos legítimos. A democracia representativa por si só na atualidade já não basta, a insatisfação popular dos representados é um sinal que demonstra essa inquietude, válido assim desenvolver instrumentos para o exercício concreto da vontade popular e nesse sentido a democracia participativa estabelecida parece como o meio mais eficaz.

No entanto, relacionado a questões das minorias o tema se torna ainda mais complexo, é notória uma evolução do uso de instrumentos que remetem a participação da comunidade na política, e nesse caso além de válido é extremamente benéfico com relação a soberania do povo, mas matérias ligadas a grupos minoritários, o problema ainda continua latente, relacionando-se com questões da vontade majoritária e nesse sentido ainda explica o descontentamento e fuga desses grupos.

O sistema político que baseia a sociedade contemporânea, além de proporcionar diversos meios de dominação se configura como um entrave substancial ao reconhecimento e legitimação de direitos por parte de grupos vulneráveis, o que significa um problema estrutural que desencadeia ainda mais exclusão. A vontade majoritária é um aspecto prejudicial ao se falar em reconhecimento da diferença, de onde se retira o entendimento de que a representação seria um reflexo da sociedade, termina por gerar um ciclo, este que consiste na falta de representação política e conseqüentemente falta de legitimação de direitos, ainda repetindo o movimento anterior como consequência da falta de direitos e aceitação, por assim dizer, a falta de representação.

A vontade geral seria uma vontade juridicamente qualificada, com a capacidade de vinculação, não existiria assim um respeito pelos direitos das minorias, estas terminam por serem controladas pela comunidade. Essa problemática da vontade majoritária também tem seu entendimento no pensamento de Nay³²:

Por sua vez, os liberais lembram que a confiança no sufrágio popular conduziu muitas vezes a injustiças flagrantes. Ela pôde levar à tirania da maioria, lá onde os direitos das minorias não eram suficientemente defendidos. Segundo os liberais, de fato, a propensão do republicanismo igualitário a definir “o interesse geral” de maneira abstrata e a impor uma concepção unanimista do povo constitui uma ameaça para a diversidade social e o pluralismo de opiniões. Na sua versão moderna, o modelo republicano, caracterizado pela ascensão do Estado-providência, conduziu à construção de um Estado “paternalista”, que aniquilou a responsabilidade humana em nome da solidariedade. Enfim, os liberais não cessam de lembrar que, contrariamente ao mito russoísta, a vontade geral pode “fazer mal”. Pôde conduzir a decisões autoritárias e, em certos contextos de crise, ao fim da democracia. O mito da soberania popular levou até, na versão do marxismo-leninismo, ao Estado totalitário.

A relevância da representação nessa discussão é retirada ao se constatar que o modelo participativo também para esses grupos não se torna amplamente eficaz, sim, se pode considerar um avanço, mas a utilização somente desses mecanismos não resolve, nem sequer preserva as garantias necessárias. Válido assim seria um maior respeito e concretização de instrumentos que respaldem direitos e os tornem inquestionáveis de forma afirmativa e assim consiga alcançar uma justiça igualitária. A questão referente a representação assim se configura como aspecto ainda mais sério e perigoso, podendo-se falar em relação as minorias como injusto, todo esse esboço da lógica da representação no parlamento traz a tona o questionamento referente as próprias decisões de conflitos e o papel insuficiente dos grupos minoritários no legislativo.

2.4.3 O Parlamento e a deliberação de opiniões

O parlamento consiste no instrumento de representação das opiniões dos diferentes setores sociais, a representação política seria assim a opinião de uma camada da população devidamente representada por um parlamentar que expressa ou pelo menos expressaria a vontade, opinião e interesse dos seus representados.

³² NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 488.

Partindo dessa lógica verifica-se a existência do ponto crucial do jogo político social, tal seja, o debate, este que pelas diferentes ideias leva ao conflito, o último sendo assim resolvido pela lógica democrática em números. Dessa forma a política e seu processo são diretamente relacionados ao contraste de opiniões.

A política inglesa desempenhou um papel significativo na consolidação da ideia da representação política como papel designado a exprimir opiniões, nesse aspecto, traz a premissa acima e direciona a preocupação do parlamentar com a opinião de seu eleitorado. A expressão da opinião como direito do homem e o respeito aos eleitores seriam aspectos que o parlamentar deveria entender no processo deliberativo que é a política.

Nesse sentido, a democracia contemporânea desenvolve a tentativa de permissão das mais variadas e contrárias opiniões, essa liberdade é necessária para se estruturar todo o debate e, por conseguinte a resolução de conflitos é o entendimento de Gucci³³:

O Parlamento, por seu turno, é o local em que a pluralidade e a unidade estatal se encontram e se harmonizam. Por um lado, são concebidas as opiniões dos mais diversos matizes. Por outro lado, a deliberação tem um mesmo objeto: oferecer meios para que o bem comum seja alcançado. Cabe frisar que os partidos e suas opiniões não estão soltos sem algo em torno de que gravitem e que lhes ofereça estabilidade. De fato, a Democracia contemporânea permitiu a liberdade máxima das opiniões plausíveis.

A figura dos partidos políticos, nesse aspecto, traz a lógica da representação em ideologias, agrupados, os parlamentares tendem a se fortalecerem e expressar em grupos a vontade e opinião política de seus eleitores, e ainda através dos mesmos os parlamentares teriam uma maior segurança em relação ao governo seja nos antigos regimes ou no atual executivo. Dessa forma os partidos políticos exercem influência no jogo democrático e na representação das opiniões de seus eleitores.

Nesse ponto, a questão da quantidade de partidos políticos no Brasil tem relação ao acima apontado, aos parlamentares se agruparem na tentativa de um fortalecimento e principalmente na representação de ideologias e opiniões de seus eleitores a importância dos partidos é compreendida, no entanto, verifica-se existência de número superior a 30 partidos políticos oficiais no Brasil, situação que

³³ GUSSI, op cit., p. 127.

deflagra a falta de ideologia desses na realidade brasileira. Esse aumento crescente na quantidade de partidos talvez seja a explicação para a organização dos parlamentares em bancadas, o que seria paradoxal, ao passo que se os partidos fossem os representantes de ideologias próprias as bancadas não teriam razão de existir, nesse caso o que se verifica é exatamente o oposto as bancadas existem, pois são o meio de se caracterizar o fortalecimento de interesses iguais, demonstrando assim a falta de ideologia própria nos partidos brasileiros.

Mecanismos como accountability, e responsividade, são instrumentos relacionados a essa representação e responsabilidade dos parlamentares, o primeiro sendo um possível controle dos governantes pelos governados, dessa forma os atos do representante, mesmo independentes precisam ter conformidade com os que lhe elegeram. No mesmo sentido aparece o conceito de responsividade referindo se capacidade de resposta do parlamentar aos por ele representado.

Em relação a deliberação de opiniões no Parlamento, constata-se um papel de maior destaque, pela lógica majoritária, a grupos conservadores, tal forma pode se dizer acompanha a figura da sociedade, o desenho da estrutura social que se encontra ainda, atualmente no parlamento. Fica assim exposto essa dinâmica atribuída aos parlamentares para expressar a opinião dos respectivos eleitores. Acredita-se que a representação da sociedade, na lógica estruturante atual, não seja realizada, levando-se em conta todo o jogo político e o descaso dos parlamentares com seus eleitores, caracterizando-se assim em uma falha ou dificuldade de obter uma representação política eficaz no parlamento pela sociedade.

Não obstante a falha representativa, em relação ao assunto tratado por este trabalho verifica-se um aspecto que detona uma realidade ainda pior para os grupos minoritários, além da lógica confusa estabelecida pelos parlamentares, a força dos grupos minoritários continua pouca, o que leva a expressar no parlamento a falha de uma representação justa no sentido de tentar conseguir uma maior igualdade ou pelo menos respeito e interesse na opinião desses grupos.

2.5 As Dinâmicas da Inclusão/Exclusão Política

É preciso analisar o papel dos grupos minoritários, sua representação e participação no legislativo para entender até que ponto ocorre a inércia sentida por muitos pertencentes a essas minorias de aspecto cultural, em relação ao parlamento

brasileiro. A estrutura da representação popular como anteriormente mencionada prejudica a inclusão desses grupos no jogo político, entender o papel que esses exercem no parlamento é de extrema importância e direciona o entendimento de posturas a respeito de uma maior participação daqueles no jogo democrático.

O entendimento da representação política como mecanismo inclusivo da política e conseqüentemente da equidade social é tarefa de extrema complexidade, ao passo que acompanha da mesma forma sua relevância. Um debate acerca da justiça social e sua razão para influenciar políticas inclusivas no Estado em relação à representação de grupos vêm se estabelecendo como instrumento crescente, gerando um aprofundamento na tentativa de compreender o significado daquela nas sociedades complexas atuais. Os novos parâmetros e realidades da representação gerariam o aumento do escopo da participação no governo, aliada a presença da sociedade civil para que a inclusão seja assegurada.

As discussões referentes aos paradigmas da justiça com a presença nesse aspecto influenciada entre outros por Rawls, Dworkin, Young, tendem a desenvolver a lógica da injustiça ligada a esfera política, necessitando assim para o bem social, desenvolver um aprofundamento da democracia com a finalidade da obtenção de uma sociedade mais justa e igualitária. Nesse sentido uma das bases dos debates referentes à ciência política atual, se configura como a inclusão das minorias no jogo democrático contemporâneo.

Compreender a representação se configura como pressuposto para o debate referente a inclusão como forma de desenvolvimento de uma sociedade condizente com os ideais democráticos e sendo assim mais justa e igualitária, além de concretizar o entendimento que a participação política como referência a justiça social seria um novo aspecto referente a representação, nos debates contemporâneos.

A ampliação dos ambientes de representação para os mais diversos grupos historicamente marginalizados terminou pautando a preocupação da teoria democrática atual. Ao entender a falha ao modelo liberal de representação é interessante perceber a preocupação de autores na tentativa de buscar novos modelos e práticas para minimizar as desigualdades que existem na sociedade. Essa busca por meios diferentes dos hoje encontrados representa o começo de um longo processo de questionamentos e práticas, na busca por uma maior igualdade política e inclusão dos grupos vulneráveis.

A possibilidade de organizações ou setores representativos no parlamento por parte das minorias se configura como um mecanismo na tentativa de alcance de uma maior participação, favorecendo a inclusão de temas de grande importância na agenda do legislativo. Muitos acreditam que a presença de organizações favoreceria para ocorrer uma maior estrutura e sendo assim um aumento das chances de ocorrer um maior êxito nas apresentações de projetos e, por conseguinte suas aprovações.

Em relação ao legislativo brasileiro o contexto dificulta a aprovação de proposições de autoria dos parlamentares, a atuação das bancadas e das frentes como anteriormente mencionado, configuram-se como importante instrumento para realização do fortalecimento de grupos, com as minorias também ocorre essa organização, porém, de uma forma com menor estrutura, no entanto, esses grupos têm tentado, sejam pela prática de eventos, audiências e seminários, trazer a pauta de discussão, direitos de tais minorias. Dessa forma, almeja-se que entendimentos conservadores ou preconceituosos presentes na sociedade e entre os próprios parlamentares, fossem diminuídos e assim não seriam barreiras de dificuldades ainda maiores para a proposição e aprovação de medidas relacionadas às minorias.

São diferentes grupos compreendidos como minorias, muitos deles hoje em dia também se estruturaram no parlamento através de bancadas ou frentes parlamentares, ressaltando, a bancada feminina; a frente em defesa da cidadania LGBT; a bancada relacionada à questão racial entre outras que na tentativa de um maior fortalecimento se agruparam para buscar melhores condições relacionadas à justiça social e igualdade, buscando ampliar a representação daquelas no parlamento e assim desenvolver proposições e iniciativas relacionadas aos seus respectivos grupos.

No entanto, dos grupos mencionados é preciso ressaltar conforme a questão desenvolvida pelo trabalho a figura da bancada em defesa da cidadania LGBT, aliada ao fato destes se configurarem também como, os que detêm aspectos ainda mais excludentes, devido a inclusão social. Em primeiro aspecto esse fator ainda é mais complexo, o movimento feminista e o movimento negro têm seus problemas estruturantes e ainda não superaram suas barreiras relacionadas a inclusão, no entanto, situação inferior é tida no ambiente LGBT, a aceitação social e o conflito presente na sociedade se configura como mais grave ao passo que os outros mencionados estão alguns passos à frente. Tendo como grandiosa essa diferença,

já que esses passos terminam por exercer uma influência significativa no espaço daqueles no parlamento.

Um ponto que vem se demonstrando de extrema importância e ajuda para esses grupos é a participação da sociedade, a pressão de movimentos sociais organizados, como exemplo a busca da tramitação de um projeto para criminalização da homofobia, que por muito tempo se configurou como uma demanda importante para o movimento LGBT, em diversos estados e municípios obtiveram êxito, em passos lentos, no entanto conseguiram iniciativas nesse sentido. No próprio legislativo federal existe a tramitação do projeto dessa lei, mas nesse caso se verifica a lentidão e dificuldade que esses movimentos enfrentam em relação ao legislativo.

Os mecanismos que esses grupos detêm são frágeis e não correspondem as demandas inerentes a situação dessas minorias na sociedade, a dificuldade é persistente e é relacionada exatamente a questão da representação e do não respeito devido a garantir direitos de muitos pertencentes a esses grupos vulneráveis.

O conflito e debate social presente no Congresso Nacional corresponde a um espelho da sociedade, podendo se dizer que além dessa dificuldade, ocorre uma distorção para pior da realidade social no parlamento. A aprovação e muitas vezes até mesmo a iniciativa de leis benéficas aos setores são extremamente difíceis e lentas, barradas por grupos conservadores que possuem uma maior representação e maior estrutura no jogo político, inúmeros são os casos de conflitos entre esses grupos, geralmente encabeçados pela bancada evangélica ou religiosa, que mencionam argumentos como a proteção da família e a liberdade religiosa para não permitir ou interferir na garantia de princípios constitucionais e na legitimação de direitos. É o caso da própria lei anteriormente mencionada da criminalização da homofobia, o enfrentamento e atuação da bancada evangélica influencia para a não aprovação dessa, e conseguinte na exclusão desses grupos minoritários no conflito político, fator relacionado é retirado de Pinheiro³⁴:

³⁴ PINHEIRO, Marina Brito. **Os dilemas da inclusão de minorias no parlamento brasileiro**: A atuação das frentes parlamentares e bancadas temáticas no congresso nacional. Universidade Federal de Minas Gerais Programa de Pós-Graduação em Ciência Política Nível Mestrado, 2010, p. 115. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-89GQ33/disserta__o_marina_brito_pinheiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 nov. 2013.

Outro exemplo da atuação da Frente Evangélica no intuito de barrar as proposições defendidas pela FPDCGLBT pode ser vista na tramitação do Projeto de Lei 81/2007 que institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia, a ser comemorado, anualmente, no dia 17 de Maio¹¹⁵. O PL, de autoria da deputada Fátima Bezerra (PT/RN), componente da Coordenação da Frente, está na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, aguardando a apreciação do plenário. O projeto tinha condições para ir direto para apreciação do Senado Federal¹¹⁶, porém o deputado Pastor Manoel Ferreira (PTB/RJ) entrou com recurso contra os pareceres favoráveis aprovados na Comissão de Constituição e Justiça e na Comissão de Educação e solicitou a sua apreciação no Plenário da Câmara. Nessa instância, o papel dos líderes partidários é fundamental, pois são eles quem definem quando um projeto entrará ou não na agenda de discussões do plenário. Não tendo força política o suficiente no plenário e sofrendo com a oposição da Frente Parlamentar Evangélica, e com o preconceito de alguns parlamentares, a maioria dos projetos acabam ficando parados, sem serem apreciados até o seu definitivo arquivamento ao final da legislatura.

Esse aspecto de entrave e complexidade na resolução desses conflitos demonstra o grau de exclusão de grupos minoritários em relação ao parlamento, e as dinâmicas de inclusão políticas, como exemplo os grupos ou bancadas e a participação da sociedade através de movimentos organizados, se configuram instrumentos relevantes e que detém características benéficas para esses grupos vulneráveis, no entanto, longe é configurar esses instrumentos como garantidores e eficazes plenamente para a inclusão social ou mesmo a inclusão de uma maior representatividade no parlamento.

O primeiro aspecto relacionado a essa ainda exclusão é referente a desvalorização social e de aporte mais amplo, essas dificuldades são estruturadas desde a sociedade e por consequência é retratada na figura do legislativo, situação que dificulta a atuação das bancadas propostas. Uma característica a ser mencionada é a ausência de um número de parlamentares pertencentes às respectivas minorias configurando-se assim como um limite a essa atuação parlamentar relacionada às minorias.

Outro marco que dificulta essa inclusão consiste como consequência da falta de representantes dos grupos minoritários, ou seja, a ação conjunta dos parlamentares potencializa as forças individuais e correspondem ao papel de maior destaque para obter a inclusão na agenda do congresso temas referentes as minorias, o número pequeno de representantes continua exercendo um aspecto negativo para inclusão política social. A falta de prioridade dada ao tema se configura como outro aspecto que torna ainda mais complicada a atuação e representação dos parlamentares referentes aos grupos minoritários, as decisões muitas vezes são centralizadas nas lideranças partidárias, os grupos assim

necessitam das lideranças para levar as respectivas votações ao plenário, deve se levar em conta que essas não colocam o patamar de prioridade nos temas inerentes as minorias, os projetos ficam então durante anos na espera para votação ou muitas vezes arquivados ou não aceitos.

Dessa forma esses aspectos terminam por manter a exclusão desses grupos no parlamento, apesar do avanço social e também do próprio debate democrático a dinâmica da inclusão política não parece surtir o efeito esperado e que seria o justo relacionando-se toda a discussão contemporânea a respeito da representação.

Por todo o exposto, a marginalização que permeia esses grupos no decorrer da história se relaciona ao fato das demandas respectivas não tenham a sua legitimação assegurada também por parte da sociedade, a falta de apoio, suporte e legitimação para a complexidade da questão, configura-se na dificuldade da atuação parlamentar, e muitas vezes a iniciativa de proposições e seus desdobramentos são tidas como menos importantes que outras matérias relacionadas a maioria o que dessa forma enseja na descrença de muitos no legislativo. Pelas razões anteriormente discutidas, se retira um entendimento da transferência de respaldo do poder legislativo e conseqüentemente a procura por uma diferente instituição, na tentativa de se alcançar solução para conflitos, nesse caso o poder judiciário termina sendo o alvo dessa busca por uma maior inclusão.

3 O INTÉRPRETE

3.1 Ampliação do Controle Normativo do Poder Judiciário

O ordenamento jurídico brasileiro, nos últimos tempos vem sofrendo reiteradas mudanças, quanto à forma e ao seu “modos *operandi*”, essa quebra de paradigmas na teoria jurídica e na prática dos tribunais, desenvolvidos sob a égide da Constituição da República de 1988, é tema de reiteradas discussões que hoje baseiam a ciência política, a filosofia jurídica, sociologia e naturalmente o Direito. Mudanças em diversos fatores que reciprocamente se interligam e sustentam-se são as bases dessa ampliação da lógica jurídica podendo resumidamente ser demonstradas algumas delas: um estilo mais aberto de raciocinar o direito, uma retórica e argumentação mais abrangente, a ponderação sobre a razão, os princípios se sobrepõe as regras, a Constituição como centro do ordenamento jurídico, a reaproximação entre o direito e a moral e como reflexo direto o judiciário concentrando um papel mais expressivo na sociedade.

O papel de protagonista exercido pelas cortes supremas e tribunais constitucionais traz à discussão a problemática dessa realidade em relação a separação dos poderes e a possível neutralidade política do judiciário, além de configurar um novo espaço desvinculando-se assim das tradicionais instituições políticas. Dessa forma, o alargamento do papel e conseqüentemente das funções do judiciário termina por exercer interesse no debate político em relação a toda estrutura social.

Nesse sentido, é preciso entender a função jurisdicional, pautada pela presença do contraditório e de ajuste da aplicação do direito como consequência da abstrata disposição da atividade legiferante. A atividade do judiciário também é pautada na lógica de ser imparcial e passiva, necessitando de provocação e independência, tendo como palco o judiciário, caracterizado como o “órgão de aplicação da lei no exercício da jurisdição”, conforme Miranda³⁵. Seria assim, estabelecer no caso concreto a normatização estabelecida pela lei. É a expressão dizer o direito, que estabelece o norte da atividade judiciária, como resposta a proibição da autotutela e sendo assim concretizar a esperada paz social.

³⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 252.

O entendimento da atividade ou função jurisdicional é a questão inicial para toda a discussão relativa a chamada judicialização da política, primeiro por se verificar uma possível ampliação daquela ou por ser mera interpretação da função jurisdicional na realidade contemporânea. Entendimento relativo à função jurisdicional é demonstrado a seguir por Ribeiro³⁶:

(...) a função jurisdicional é serviço público cuja atuação depende da manifestação dos interessados, para que o judiciário possa cumprir e fazer cumprir as normas positivadas, concretizando o ordenamento jurídico, mediante um procedimento estruturado na lei e permeado pelo devido processo legal, salvaguardado pela garantia do processo constitucionalizado.

A função jurisdicional, num paradigma democrático de Estado, não é atividade beneficente ou obsequiosa, mas poder-dever do estado, contraposto ao direito fundamental de qualquer pessoa ou instituição obtê-la, de maneira adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional.

Dessa forma, a constituição caracterizada como um dever ser (*sollen*)³⁷, permeia a estrutura da inafastabilidade da jurisdição como um direito fundamental, sendo o meio propício a legitimar e implementar direitos fundamentais para a sociedade, através da pessoa que provoque o judiciário na tentativa de obter uma garantia de exercício de seu direito.

Retira-se desse aspecto a ligação direta entre a norma constitucional e a realidade, não sendo a primeira encoberta em uma redoma inatingível, tendo referência e finalidade à sociedade e sua utilização, além de verificar que pela sua razão de ser a atividade jurisdicional, não fica engessada na relação norma-fato, toda uma estrutura externa e uma lógica política-social, trazem influências grandiosas na resolução do dado conflito por parte da jurisdição. Toda essa sistemática de análise termina por alterar o sentido já superado da função jurisdicional como mera aplicação da lei, para atribuir uma responsabilidade e ligação da mesma com uma ordem constitucional de valores maior e mais abrangente.

A ampliação do controle normativo do poder judiciário tem como base diversos aspectos interligados, podendo citar, o contexto histórico, a influência de outros sistemas jurídicos, o posicionamento do legislativo, principalmente em relação

³⁶ RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. **Ativismo Judicial**: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado. Dissertação UNICAP Mestrado em Direito. Recife, 2008, p. 137.

³⁷ A constituição no entendimento de Hesse não seria somente um “*sein*” ou ser, seria então um “*sollen*” ou dever ser.

a direitos fundamentais, sua relação com a sociedade entre diversos outros fatores que permearão o estudo a seguir. Vale ressaltar uma circunstância atual que traz uma referência ao fenômeno em questão trazida por Ribeiro³⁸:

Hoje, a emergência de efetividade dos direitos propiciaram uma reviravolta, fazendo com que a preocupação central não seja mais a proclamação de direito, como forma de limitar o poder (este encontra-se, razoavelmente – e aparentemente – domesticado), mas de implementar os direitos fundamentais, não resta dúvidas de que a jurisdição não tem só os escopos jurídicos (inclusive, por não se restringir o direito à legislação vigente), mas também os sociais e políticos, posto que o judiciário, tem por meta concretizar os objetivos a que o Estado se propõe.

O fenômeno em discussão presente nas mais variadas democracias contemporâneas como as europeias – Alemã, Portuguesa, Espanhola, na democracia norte americana e latino americana e conseqüentemente na brasileira é notório, também valendo a ressalva de que a demasiada pressão e mobilização social e política pode ser elencada como possível causa do alargamento do poder por parte do judiciário ou o questionável ativismo judicial. Não obstante os países adeptos do “*common Law*”, favorecidos pela estrutura pautada pelo aspecto jurisprudencial, os países configurados como de “*civil Law*” também ao se denominarem Estados Democráticos de Direito e se basearem em princípios e suas constituições com uma ampliada carga de valores, terminam por permitirem essa ampliação por parte da jurisdição constitucional.

Nesse sentido, entendimento significativo é mencionado por Cittadino³⁹:

Várias são as chaves de interpretação desse processo que podem, inclusive, ser utilizadas para a análise da expansão do poder judicial tanto nos países centrais como nos periféricos: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza difusa e coletiva; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos, com a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o ministério público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “*criminalização da responsabilidade política*”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática.

³⁸ RIBEIRO, op cit., p. 37.

³⁹ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. VIANNA, Luiz Werneck, organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002.

No decorrer do presente capítulo, os pontos acima citados serão aprofundados na busca do entendimento das causas e possíveis consequências para o fenômeno apresentado. O papel do intérprete, ou seja, o poder judiciário na lógica que se baseia o trabalho, onde esse se configura com um protagonismo que muitas vezes termina sendo exacerbado. Dessa forma, a ampliação do papel do órgão jurídico tem como base diversos aspectos a seguir analisados, como ponto de partida é relevante entender o contexto filosófico que o fenômeno está inserido.

3.2 Aspecto Filosófico- Pós-Positivismo

Primeiramente, ao analisar o aspecto filosófico, tal seja, o Pós-Positivismo é relevante demonstrar a ligação direta com um novo paradigma estabelecido em relação ao constitucionalismo, uma nova lógica, chamada de Neoconstitucionalismo. É preciso salientar que o último e o Pós-Positivismo, são diversos entre si, os termos tem uma ligação. O primeiro traz traços do segundo, este que vai além de uma teoria constitucional, engloba aspectos teóricos e filosóficos do universo jurídico.

O termo empregado para essa nova ordem, forma e modelo, é derivado da doutrina espanhola e italiana, mas a difusão do termo no Brasil se deve principalmente a coletânea do doutrinador mexicano Miguel Carbonell, que a intitulou de *Neoconstitucionalismo (s)*. O plural vem a calhar ao se falar desse termo sobretudo pelo mesmo não ser único, são ideias e pensamentos de juristas que seguem linhas bastante diversas, mas que se completam, se sustentam e se assemelham em diversos aspectos como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Peter Häbele, Carlos Santiago Nino, Suzana Pozollo, Luigi Ferrajoli entre tantos.

Nessa seleção temos positivistas e não positivistas, comunitaristas, uns defendem o método na hermenêutica, outros são contra, alguns procedimentalistas, demonstrando assim a complexidade e diversidade dos mesmos. A reunião destes deve-se ao fato de que em uma maneira genérica eles se agrupam por tratar com questões diferentes, aspectos comuns desse novo constructo da teoria jurídica.

O chamado Pós Positivismo seria a possível superação do modelo positivista e seu confronto com o jus naturalismo, no entanto, não se teria como definir um conceito específico, seria uma melhoria do legado deixado pelo positivismo, o direito não se resumiria a um sistema fechado formal, nesse sentido foi se desenvolvendo

um novo campo, com um pensamento mais aberto com importância nos valores, ocorrendo assim uma aproximação entre o direito e a moral e uma crítica ao formalismo do positivismo jurídico.

Nesse contexto, vale ressaltar a importância do pensamento voltado ao estudo das relações entre direito, moral e política como os de John Rawls e Jürgen Habermas e as contribuições importantes de Chaïm Perelman, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Friedrich Müller entre tantos outros.

A união dos termos Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo é frequente, o que deve ocorrer, pois usa uma metodologia mais completa, no entanto o interessante é que nos aspectos filosóficos os autores traçam linhas diversas, mas que se assemelham em muitos aspectos como já dito anteriormente. Em linhas gerais esses aspectos e a ligação do direito e a moral são bem demonstrados no texto de Sarmiento⁴⁰, ao falar sobre tal diversidade entre autores:

De um lado, figuram os positivistas, como Luigi Ferrajoli, Luiz Prieto Sanchís, Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo, que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhecem que pode haver uma ligação contingente entre estas esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica. Do outro, alinham-se os não-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e seus seguidores, que afirmam que Moral e Direito têm uma conexão necessária, e aderem à famosa tese de Gustav Radbruch, de que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento. Dentre estes autores, há quem insista na idéia de que o Direito possui uma "pretensão de correção", pois de alguma maneira é da sua essência aspirar à realização da justiça. Contudo, na medida em que as constituições contemporâneas entronizam com prodigalidade os valores morais, este debate teórico perde bastante em importância, pois mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. Trata-se do chamado positivismo inclusivo.

Neste quadro, embora me pareça exagerado falar em superação da eterna querela entre jusnaturalistas e positivistas pela via do neoconstitucionalismo, não há dúvida de que a relevância prática da desavença é consideravelmente diminuída. É verdade que, para os positivistas inclusivos, o fundamento das normas revestidas de conteúdo moral será sempre um ato de autoridade, validado por uma regra de reconhecimento aceita pela prática da comunidade política. No final das contas, eles não se afastam do brocardo hobbesiano de que *autoritas non veritas facit legem*. Já para os não-positivistas, a vigência dos princípios morais não decorrerá de um "teste de pedigree", mas de exigências da própria Moral, acessíveis à razão humana. Porém, para ambas as linhas os valores morais incluídos nas constituições são jurídicos e devem produzir efeitos no mundo concreto.

⁴⁰ SARMENTO, 2009, p.14.

Pode-se entender como Pós-Positivismo a união ampla, complexa e divergente de reflexões relacionadas a interpretação do direito e sua função, ligando a ideia de justiça para a concepção axiológica e teleológica jurídica. Superando o modelo jurídico baseado no formalismo fechado de regras legais, dando margem a utilização de princípios norteadores com uma carga de valores e finalidades próprias, como forma de espécies normativas. Dessa forma o método seria mais compatível com sistemas jurídicos contemporâneos, aproximando o direito e a moral.

Um dos aspectos mais importantes ao se falar do Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo, usando as expressões em conjunto para atribuir um caráter mais completo, é a substituição, ou melhor, a prevalência dos princípios sobre as regras no sistema jurídico.

Uma das características dessa nova lógica é a supremacia dos princípios, nesse novo contexto esses passam a exercer um papel mais importante do que antes figuravam, exatamente por uma aproximação da moral e o direito, o que ocorre são princípios gerais com uma carga valorativa, não são mais utilizados subsidiariamente, agora se pode dizer que são a base da Constituição, já considerados espécies normativas, sua importância extrapola esta característica e norteia todo o ordenamento jurídico.

Esse aspecto é fruto da compreensão principiológica do direito, refletindo na estruturação do sistema jurídico e sua hermenêutica, tendo relação direta com a aplicabilidade do direito nas questões propostas. Nesse ponto as contribuições de Perelman, Alexy e Dworkin dão ensejo a esse novo modelo de interpretação constitucional e jurídica.

Toda essa predominância que se encontra hoje relacionada aos princípios ou as chamadas cláusulas gerais derivam desse processo de mudança na teoria jurídica, enquadrando uma interpretação ligada a valores e uma teoria da argumentação. Os pensadores acima cada qual com sua importância, seu estudo, sua contribuição, trazem mecanismos para o desenvolvimento exatamente desse novo modelo de uma teoria jurídica baseados em princípios que por sua razão de ser, são abertos e gerais, são assim conceitos vagos que tem como finalidade basear valores numa tentativa de solucionar conflitos e questões cada vez mais

presentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido se coaduna com a contribuição de Soares⁴¹:

(...) cada vez mais, juristas vindos de todos os cantos do horizonte recorrem aos princípios gerais do direito, que poderíamos aproximar do antigo *jus gentium* e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente. O próprio fato destes princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção positivista que faz a validade de toda a regra do direito depender de sua integração num sistema hierarquizado de normas.

O papel dos princípios tendo esse caráter de elevada importância, a partir de uma teoria da argumentação aplicada ao direito é posto em argumentos de Alexy, trazendo que os conflitos poderiam ser melhores solucionados através de uma racionalidade do melhor argumento. Entendimento significativo de Soares⁴², explana essa questão proposta por Alexy⁴³:

Sendo assim, sustenta Alexy que uma teoria da argumentação jurídica apresenta o seu valor prático quando consegue unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: o procedimental e o normativo. O primeiro representa o lado ativo, composto de quatro procedimentos (discurso prático geral, criação estatal do direito, discurso jurídico e processo judicial). O segundo configura a dimensão passiva, constituído por regras e princípios. A concepção tridimensional de Alexy - composta de regras, princípios e procedimentos - não permite atingir sempre uma única resposta correta para cada caso concreto, mas, em contrapartida, potencializa a busca de um maior grau de racionalidade prática para a tomada da decisão jurídica.

A principiologia jurídica presente nos ensinamentos de Alexy *apud* Soares⁴⁴, baseiam esse aspecto da dimensão dos princípios no ordenamento jurídico:

A formulação de princípios forma uma classe final de normas jurídicas. Para ele, princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão como proposições normativas, os princípios também podem ser introduzidos como descrições de estados de coisas em que são considerados bons.

⁴¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o Pós-Positivismo Jurídico. **Revista Formandos Direito**. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. – Vol. 7, n.11 (jul/dez. 2007, p. 215). –Salvador: UFBA, 1996-2007 – Semestral ISSN: 1414-0101. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito.pdf#page=205>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

⁴² *Ibidem*, p. 220.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de lós derechos fundamentales**. 2. ed. Esp. Tard. e introd. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

⁴⁴ SOARES, op cit., p. 220.

Nesse ponto chega-se a questão da ponderação sobre a subsunção, característica marcante ao se falar na nova lógica constitucional, sendo a primeira o modelo de aplicação dos princípios por estes serem normas gerais de otimização, com um cumprimento em diversos planos, sendo necessário uma avaliação fática relacionada ao caso, analisando os valores e finalidades embutidas naqueles. A subsunção seria o modelo clássico de aplicação das regras, levando-se em conta a premissa maior, sendo a norma jurídica, a premissa menor, sendo o fato, e posteriormente a conclusão do juízo, método este formal e legalista notoriamente positivista. No que diz respeito à subsunção, Ramos⁴⁵ expõe o entendimento a respeito do procedimento tratado:

A subsunção em si constitui uma operação lógica inerente a todo e qualquer procedimento de aplicação de normas jurídicas, com a nota de que pressupõe a fixação inicial de um sentido provisório para a proposição prescritiva que serve como premissa maior, já tendo em vista as aplicações concretas que a partir dela se antevem, bem como um manejar subsequente dos dados fáticos (premissa menor), tanto em termos de comprovação de sua existência, quanto em termos de seu enquadramento preliminar na classe de fatos descrita em abstrato no tipo legal, concluindo-se com a elaboração da norma de decisão que encerra o procedimento subsuntivo. Verifica-se na operação de subsunção outra aplicação da dialética de implicação-polaridade: a interpretação do texto normativo que serve de premissa maior se faz com a necessária consideração de sua aplicação, do mesmo modo que esta exige a prévia exegese do dispositivo a ser aplicado; dois momentos inconfundíveis (polaridade), que, entretanto, mutuamente se implicam.

Os princípios ao sofrerem ponderação terminam por sempre fundamentar uma decisão, devido ao seu caráter amplo, o método da ponderação, então se coloca no patamar superior ao da subsunção já que a utilização de princípios, no caso valores e finalidades sempre estariam presentes na interpretação por parte do operador do direito. Ao se falar em princípios a contribuição de Alexy e Dworkin é marcante, a hermenêutica proposta pelo primeiro, além de influenciar o novo fenômeno constitucional coaduna com o laço principiológico envolto na Constituição brasileira. O campo de atuação da hermenêutica jurídica em relação a decisões do Supremo Tribunal Federal tem sua base de formação na teoria de Alexy⁴⁶, sendo devido a priori um paralelo de distinção em relação aos princípios e regras que nas palavras abaixo são bem elucidadas:

⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 65-66.

⁴⁶ ALEXY, 2007, p. 67-68.

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades materiais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

Na aproximação do entendimento é o posicionamento de Dworkin, que segue a linha de Alexy em relação aos fundamentos do chamado moralismo jurídico, o afastamento entre os dois consiste em poucos pontos divergentes, como exemplo, o princípio como mandamento de otimização, que defende Alexy. A influência de ambos na nova sistemática jurídica fica bem exposta ao relacionar a hermenêutica como um dos pressupostos de aproximação entre a moral e o direito, a finalidade de um novo método e procedimento de aplicação é a construção de mandamentos de justiça, o que termina ensejando essa alteração do papel do judiciário, como a seguir mencionado por Ramos⁴⁷:

A despeito de algumas diferenças sutis entre a teoria dos princípios de Dworkin e Alexy, como, por exemplo, a não aceitação pelo primeiro da conceituação dos princípios como mandamentos de otimização, a qual, efetivamente, parece mais adequada ao contexto de uma Constituição que assimila direitos fundamentais de prestação, parece-me que os dois principais expoentes do moralismo jurídico caminham por trilhas bastante próximas. E, aliás, tal proximidade também pode ser constatada na erosão dos limites textuais da interpretação constitucional, sobrepujada por valores-éticos que, na visão de Dworkin, se manifestam na consciência histórica do melhor direito que as sociedades inglesa e estadunidense lograram decantar. Assim é que, para o citado jusfilósofo, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Ao considerar a vinculação aos precedentes, exigida pelo sistema de *common law*, Dworkin adota a postura típica do moralismo jurídico, fundando a obrigatoriedade dos precedentes muito mais em seu conteúdo de justiça do que em sua imperatividade, o que abre espaço para uma atuação fortemente corretiva do Poder Judiciário.

É necessário ainda a compreensão da teoria relacionada aos princípios de Dworkin, e sua relação com as regras, como anteriormente mencionado, no novo modo de interpretação constitucional e na estrutura diferente, ao se basear o direito

⁴⁷ RAMOS, 2010, p. 94-95.

atual, as regras terminam por exercer um papel secundário ao se confrontar com os princípios, a carga principiológica e valorativa trazida pela Constituição de 1988, demonstra a influência do pensamento de Alexy e Dworkin, ao estabelecer parâmetros de funcionalidade aos valores presentes naquela. Nesse sentido, a diferenciação do que se entende por regra e princípio é demonstrada por Ávila⁴⁸, ao se referir a Dworkin:

Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjulgados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimensiono f weight), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Na mesma linha de entendimento seguiu o então Ministro Carlos Brito em voto, ao seguir os traços da dogmática moralista, ao tratar sobre o caráter normativo dos princípios, utilizando a expressão “supernormas” para caracterizar aqueles é perceptível a influência direta dos autores acima citados como ressalta Ramos⁴⁹:

Também o voto emitido pelo Ministro Carlos Britto emergiu nas águas da Dogmática moralista, que, supostamente, veio superar o “estrito” positivismo jurídico:

“O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam dessas virtudes de onivalência, da autorreferência e da autoaplicabilidade, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias”.

A predominância dos princípios deve ser bem esclarecida, no que se refere a um aspecto quantitativo a Constituição brasileira é enraizada de regras sendo considerada uma Constituição analítica diferentemente do modelo norte americano e alemão, a predominância em questão, e alvo de divergências doutrinárias diz respeito a importância dos princípios sobre as regras, exatamente pelo caráter

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 36-37.

⁴⁹ RAMOS, 2010, p. 248.

amplo e norteador para as essas, ligando assim essa questão mais a uma teoria interpretativa e argumentativa. Contribuição importante é referida a Ávila⁵⁰, ao mencionar esse aspecto:

Reitere-se: as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre outra. Mesmo assim e seguindo o raciocínio aqui criticado poder-se-ia afirmar que os princípios, agora do ponto de vista qualitativo, teriam uma importância maior do que as regras, isto é, mesmo havendo mais regras do que princípios, esses, pelas suas funções eficaciais, teriam, de qualquer modo, uma importância relativa superior à das regras. Isso poderia ocorrer de duas formas: no caso de regras constitucionais, os princípios constitucionais atuariam, quer afastando as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, quer modificando suas hipóteses por extensão ou restrição teleológicas, mesmo além do significado mínimo das palavras; no caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais agiriam por meio das suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes.

Fato é que a partir dessas teorias interpretativas e a teoria da argumentação, chegou-se ao debate referente ao modelo utilizado, questionar um paradigma presente no direito imposto pelo modelo positivista é de grande valia, mostrando assim uma tentativa de um alcance melhor na solução de questões presentes em uma sociedade pluralista como a contemporânea. Alguns autores são críticos desse modelo alegando que a Constituição Brasileira não aceitaria ou não teria recepcionado esse novo método, um deles é Humberto Ávila ao contrapor as características daquele no ordenamento jurídico brasileiro, outros por sua vez como Luis Roberto Barroso defendem e tentam mostrar as qualidades e avanços que o mesmo trouxe ao sistema jurídico, alegando como um dos principais argumentos a importância elevada que o Direito Constitucional vem exercendo no direito brasileiro.

Essa importância constitucional no Direito dá margem a dois fenômenos bem característicos, primeiramente o papel do Poder Judiciário ganhando uma elevada importância no cenário político e social e a chamada constitucionalização das decisões. A partir da aceitação de uma ponderação em relação aos princípios o papel do intérprete ganha uma elevada importância, passando assim a uma figura ativa na resolução dos conflitos. A chamada justiça particular se faz presente nesse fenômeno, onde o caso concreto teria mais relevo que a justiça geral, a participação

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 17, Salvador janeiro fevereiro e março 2009, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

do juiz passa de um mero interlocutor da regra escrita para um intérprete ligado ao caso específico.

Com os princípios constitucionais norteando todo o ordenamento jurídico, naturalmente matérias infraconstitucionais passarão pelo crivo principiológico do Direito Constitucional, ocorrendo assim um antiescalonamento do ordenamento jurídico, onde esse passa então a figurar no centro do sistema. Altera-se a importância dada antes ao Código Civil, por exemplo, hoje a Constituição figura como o centro e o instrumento de resolução de questões das mais diversas áreas da ordem jurídica.

A dubiedade desse novo fenômeno é bem verificada nos debates doutrinários, o binômio método-mérito ao relacionar essa postura diferenciada que o judiciário vem exercendo, ainda consiste na sensação de dúvidas e incertezas por parte da comunidade jurídica, mesmo os mais entusiastas dessa nova lógica de se pensar o direito, muitas vezes não garantem a certeza de somente efeitos benéficos e uma eficaz aplicação, a validade e eficácia dessas mudanças ainda são questionadas, o próprio Barroso⁵¹, menciona essa incerteza e dúvida:

Operar em meio à fumaça e À espuma (...) Talvez essa seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O Neoconstitucionalismo aliado ao Pós-Positivismo vem alterando a lógica presente no sistema jurídico, sendo fenômeno recente no Brasil, proporcionando um novo método de interpretação e alterando todo o modelo prévio de construção da jurisdição, é assim um instrumento e aspecto importante na mudança do método e da realidade jurídica, que termina por dar ensejo ao controverso ativismo judicial tratado no presente estudo, aliado também a alteração da realidade social na sociedade contemporânea adiante analisada.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005, p. 2. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

3.3 Aspecto Temporal e a Recepção no Direito Brasileiro

O marco histórico desse novo parâmetro do ordenamento jurídico é estabelecido na Europa Pós Guerra, esse que altera a realidade mundial em diversos fatores e principalmente a mentalidade da sociedade da época, com um motivo simples de se notar: O receio de passar pela mesma experiência árdua novamente. Dessa forma a Europa Ocidental se encontrava devastada e com a esperança de encontrar um modelo novo em que se sustentar, baseados em aspectos suprimidos pelo contexto político e social da época, surge assim uma ênfase maior nos direitos chamados fundamentais da pessoa humana.

A Constituição servia como base, porém não tinha força normativa, era um instrumento para o legislativo se inspirar, sendo só a partir da lei em si que poderia ocorrer qualquer proteção, punição ou caráter axiológico no ordenamento jurídico. A influência da Constituição só ocorre com o fim da 2ª Guerra, primeiramente na Alemanha e logo após na Itália, Barroso⁵², sobre esse contexto, menciona:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

Esse novo contexto histórico que batia a porta da Europa Ocidental propiciava uma teoria jurídica diferente do modelo anterior, baseado como dito anteriormente em uma constituição normativa e de valor, sendo amplamente estruturada em proteção de direitos fundamentais e baseada principalmente na dignidade da pessoa humana como sustento da carta normativa. O papel exercido pela mesma teve um alcance maior e a finalidade presente de uma proteção a direitos que antes foram extintos da sociedade no período que acabara, dessa forma atribuir valor e um caráter axiológico na Constituição terminava por ser uma tentativa de um modelo em que se privilegiava um respeito aos direitos acima mencionados.

⁵² BARROSO, op. cit., p. 1.

Nesse campo, a Europa Ocidental se aproximava do modelo norte americano, no entanto atribuiu um maior volume às Constituições, com a tentativa de demonstrar um maior caráter normativo e fugiu do modelo simplista e genérico estadunidense, como apontado por Sarmiento⁵³:

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso.

Dessa forma o papel da Constituição referente às instituições contemporâneas, foi alterado passando assim ao centro do ordenamento jurídico, com um peso de referência e também um caráter normativo atribuído, expressamente demonstrado no texto constitucional dessas cartas, é fácil perceber tal característica. Sendo assim com a introdução desse novo modelo na Europa, a segunda metade do século passado foi pautada no crescimento e expansão desse novo formato constitucional que em 1988 com a promulgação da Constituição da República, ocorreu a recepção desse no Brasil. A influência do Direito Constitucional nessa nova perspectiva é estruturada pela alteração do modelo positivista que já não era suficiente para lidar com aspectos de uma sociedade complexa, em paralelo a própria escrita da Constituição Brasileira propiciava essas mudanças, conforme Ramos⁵⁴:

Foi no âmbito do Direito Constitucional que a insuficiência da modesta elaboração teórica positivista no tocante ao binômio interpretação-aplicação ficou mais patente. De há muito as Constituições deixaram de ser um mero instrumento da institucionalização do poder estatal e, por conseguinte, da produção de atos normativos. Na atualidade, desempenham funções variadas, sintetizadas por Jorge Miranda no trinômio institucionalização, estabilização e prospecção, atuando não apenas no plano de competência orgânica e dos procedimentos para a criação do direito, mas também, antecipando, com maior ou menor elastério, o seu conteúdo regulatório, com o que se projetam, decisivamente, sobre todos os setores do ordenamento jurídico. A essas características se pode adicionar o caráter de superior hierarquia, com o que, no dizer de Friedrich Muller “seus

⁵³ SARMENTO, 2009, p.12.

⁵⁴ RAMOS, 2010, p. 84-85.

âmbitos de regulamentação são como rendas, malhas com pontos largos, fundamentais, 'políticos', expostos em grau mais elevado à transformação histórica". Como bem anota o constitucionalismo germânico, "a combinação de uma tal 'abertura' estrutural com a finalidade normativa da fundamentação da sociedade estatalmente organizada e de todo o ordenamento jurídico torna compreensíveis as dificuldades maiores e específicas da instituição e concretização de normas constitucionais". Destarte, se o posicionamento *sui generis* dos tribunais incumbidos da jurisdição constitucional em última ou única instância, não subordinados a nenhum outro órgão ou Poder, já seria, por si só, um convite ao exercício da criatividade na aplicação das normas constitucionais, acresce-se a essa tendência orgânico-funcional o fato de a atividade interpretativa prévia se desenvolver, "quase que exclusivamente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos".

A recepção no ordenamento jurídico brasileiro surge em um momento similar ao do contexto europeu, o Brasil acabava de passar por um regime totalitário, da mesma maneira que a Europa passara, o fim da ditadura brasileira fica assim caracterizado como o marco histórico da redemocratização e da recepção de um novo constitucionalismo.

A promulgação da Carta de 1988 traz esse novo modelo, uma nova concepção de direitos e valores, tendo como proteção basilar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, fruto de um momento de procura por suprir a falta de participação democrática no período da ditadura e todos os desrespeitos cometidos.

Houve assim, a partir desse momento com o texto que acabara de ser promulgado uma centralização da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, dessa maneira, Barroso⁵⁵ demonstra a importância desse marco na realidade jurídica brasileira:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

A realidade se alterava, a Constituição passa a disciplinar uma diversidade de temas antes não abordados, a lei como regra antes valia muito mais, o peso no direito das leis, decretos era mais significativo, antes o Código Civil, hoje a

⁵⁵ BARROSO, 2005, p.1.

Constituição. Essa substituição de importância veio a ser estabelecida exatamente nesse momento, quando a Carta de 1988 traz um elenco de temas antes não abordados, são direitos individuais, políticos, sociais, difusos, além de trazer uma série de princípios dotados de carga axiológica, o que termina por dar ensejo ao processo de constitucionalização do direito.

Nessa nova ordem constitucional o papel do Poder Judiciário foi fortalecido, em conjunto com o Ministério Público ganhou uma maior autonomia, que com o passar do tempo terminou por chegar na questão do controverso ativismo judicial. Com essa Constituição dotada de diversos princípios abrangentes de diferentes aspectos terminou por ocorrer a chamada Filtragem Constitucional, onde as matérias dos inúmeros ramos do direito passariam pelo crivo constitucional, adiante analisada, essa questão só se tornou possível pela importância que o Direito Constitucional agora continha.

A participação da doutrina brasileira foi de fundamental importância para difundir esse novo modelo. Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Eros Grau trazendo as teorias pós-positivistas, como as teorias dos princípios de Robert Alexy e Ronald Dworkin, são alguns dos exemplos que realçaram a importância da temática na doutrina brasileira. A recepção desse novo constitucionalismo no Brasil foi pautada por esse momento histórico e baseada por tal circunstância. Porém o papel que hoje protagoniza o judiciário vem envolto a outros fatores, que permeia uma possível judicialização, dessa forma é preciso compreender o contexto social que foi se estabelecendo com o passar dos anos e que sem dúvida alteram a participação do intérprete no sistema político e social.

3.4 Aspectos da Sociedade Contemporânea e a Criação Judicial do Direito

A Constituição da República de 1988 traz consigo um amplo leque de direitos e garantias fundamentais, juntamente com uma série de princípios amplos com uma carga valorativa, trouxe também a criação de institutos e a ampliação de mecanismos como o controle de constitucionalidade aliado a uma maior autonomia de órgãos como o Ministério Público e uma independência maior do próprio Poder Judiciário. Passou a existir um novo modelo onde o judiciário exerce uma função mais presente na sociedade, aliada a chamada filtragem constitucional, onde as áreas do direito passam pelo âmbito constitucional, nesse contexto ocorre a

judicialização das questões da sociedade, como uma das razões desse fenômeno pode-se apontar a crise do legislativo.

No cenário brasileiro, a descrença da população em relação aos poderes legislativo e executivo, cada vez se torna maior, especialmente quando se trata dos partidos políticos, motivada principalmente por diversos escândalos de corrupção e por uma rejeição ao conhecido jogo do poder, um círculo onde a busca por valores e um comprometimento com a sociedade é desviada pelos interesses próprios e muitas vezes escusos dos participantes.

A crescente ascensão do judiciário, na realidade atual marcada pela descrença no Poder Legislativo e na falta de representatividade da política majoritária, mostra-se como um campo propício para o ativismo judicial adiante analisado. O fato é que a sociedade contemporânea é complexa e pluralista, com interesses diversos, fracionada e misturada ao mesmo tempo, podendo até ser chamada tal situação de uma guerra social velada e esse fato é importante o suficiente para se repensar o papel inerte do Poder Legislativo e Executivo na resolução de conflitos de uma sociedade atual que é pluralista e complexa.

3.4.1 Realidade da Sociedade Atual – Pluralista e Complexa

Os fenômenos de globalização e inclusão social se tornaram cada vez mais frequentes nos dias hodiernos, a crescente demanda por políticas inclusivas e específicas é consequência direta da diversidade social presente, esta diz respeito a fatores diversos como: econômicos, políticos, sociais, religiosos, sexuais, regionais entre tantos que demonstram o grau de complexidade de uma organização social e convívio com tantas diferenças.

A individualidade marcada como ponto chave da sociedade atual, motiva a busca por uma solução de questões particulares e específicas para cada grupo, e sendo mais realista para cada indivíduo, dessa forma, porque um pode pertencer a diversos grupos sociais ao mesmo tempo, entrelaçando essa rede de diferentes fatores que terminam por segregar a população, um exemplo seria uma mulher, pobre, católica, esta pertenceria a um grupo dominante, por sua religião, mas segregado no que diz respeito à inclusão social por ser pobre, além de não ter a mesma hierarquia no que diz respeito a mercado de trabalho e comportamento de aceitação social que um homem. Da mesma forma, outro exemplo seria um

homossexual, rico, teria o poder econômico, mas seus direitos não são garantidos e nem respeitados por sua orientação sexual.

Esse tema apresentado é por demais complexo, os exemplos acima mencionados demonstram que hoje em dia não se tem como separar grupos. A comunidade vive misturada repleta de infinitos fatores de semelhanças e diferenças. O convívio e a busca de uma efetividade em relação aos seus direitos realça essa realidade.

Dessa forma, qualquer resolução de conflitos e segurança de direitos é tarefa no mínimo complicada, já que um interesse choca com a crença e o interesse alheio. Dificuldade que termina por demonstrar a inércia de políticas mais eficazes afirmativas e de preservação e garantia das minorias. É interessante falar em minoria numa sociedade como a atual, o conceito no aspecto prático seria paradoxal, se negros, homossexuais, entre tantos outros grupos são definidos como minorias, o que seria a maioria? Logicamente ao se falar em minoria diz respeito à falta de inclusão social, direitos e garantias asseguradas de forma igualitária ao padrão de um grupo social dominante. Neste aspecto é demonstrada a guerra social anteriormente falada, a busca pelos mais diversos interesses individuais ou de grupos formam a sociedade atual.

O interessante é que mesmo como anteriormente demonstrado, a afirmação de direitos e a segurança das garantias de muitos indivíduos não são respeitadas, um alvo constante de críticas é exatamente o Poder Legislativo e sua inércia no que diz respeito a garantir e assegurar direitos, tendo como um dos fatores por essa carência ou demora, a representatividade política, ou melhor, a falta dela naquele. A bancada católica e evangélica se opõe a diversos instrumentos de conquista de direitos por muitos indivíduos, com base em sua dogmática e crença terminam por misturar direito e religião ou convicção individual, onde nesse binômio a justiça não seria enquadrada.

Um exemplo dessa questão seria o casamento civil entre homossexuais, a adoção de crianças por estes, a criminalização do aborto ou da interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos, já discutida perante o Supremo Tribunal Federal. Essa influência ou falta dela na representatividade política termina pela demora na resolução de conflitos presentes e naturais em uma sociedade tão diversificada, e conseqüentemente a falta de garantias e a preservação de direitos de muitos.

A sociedade contemporânea é rápida e imediatista, sofre alterações a todo instante, os costumes são alterados e a prática social se desenvolve em um ritmo mais acelerado que um processo legislativo traz ao ordenamento jurídico. É preciso assim um mecanismo de conformidade com essas alterações sociais, a complexidade de diversos aspectos envolvidos em uma sociedade pluralista e complexa não pode acompanhar o ritmo que o processo legislativo repleto de falta de representatividade pelo processo político exerce.

Outro fator presente na sociedade atual, já mencionado é a descrença da população no Poder Legislativo, devido a inúmeros escândalos em relação a corrupção e a figuras presentes no mesmo como palhaços, mulheres conhecidas como frutas, entre tantos que terminam por passar uma imagem para a população de despreparo em suas funções, estas que são de extrema importância na estruturação e organização da sociedade atual. Todos esses fatores têm suas contribuições em diversos tamanhos para a população desacreditar e repensar no modelo de espera pelo Poder Legislativo.

A sociedade pós Constituição de 1988 vem se tornando cada vez mais participativa e interessada, talvez por uma razão que marca todo fim de regimes totalitários como a ditadura militar, a busca de participação social e a liberdade de pensamento e atitude, esse fator aliado a diversos mecanismos e instrumentos que a Constituição da República traz no sentido de uma maior autonomia do Poder Judiciário e a figura de um juiz mais ativo, intérprete e não mero interlocutor, juntamente com uma maior divulgação das ações desse poder, e uma maior credibilidade dá ensejo ao chamado fenômeno de judicialização das questões da sociedade.

3.4.2 Judicialização das Questões da Sociedade

Nos últimos anos se torna presente à ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil, aliado a isso, a busca da população e o interesse desta por esse poder é cada vez mais notória. A divulgação por parte da mídia de julgamentos do Supremo Tribunal Federal torna o debate sobre essas questões polêmicas, presente na sociedade, esta como dito anteriormente já com um descrédito no Poder Legislativo termina por apoiar esse novo método de organização e estruturação das questões sociais.

Nesse sentido, como reflexo da característica do chamado Novo Constitucionalismo, as decisões derivadas do judiciário e mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, envolvem cada vez mais matérias políticas e questões sociais polêmicas alvo de discussões da população em geral. Fatores como a Constitucionalização, uma demanda por Justiça e a ascensão institucional do Poder Judiciário terminam por judicializar questões políticas e sociais, tendo com palco de solução final os tribunais.

A resolução de conflitos em uma sociedade complexa e pluralista como a nossa é tarefa difícil e árdua, onde o método de solução que predominou por toda a modernidade começou a se demonstrar falho ou insuficiente, não conseguindo atender as vontades e necessidades de uma sociedade que se altera e modifica seus costumes, onde muitas vezes as normas são ultrapassadas no que diz respeito a finalidade de adequação a realidade social atual, e o legislativo não consegue acompanhar essas alterações. O Poder Judiciário traz para si ou recebe da sociedade essa função de tentar acompanhar essas alterações, bem verdade que todo o método de interpretação, o amplo leque de princípios e mecanismos presentes na Constituição da República de 1988 possibilitam essa nova realidade e esse fenômeno presente atualmente.

Como solucionar conflitos cada vez mais complexos como, por exemplo, algumas indagações a seguir: Um trabalhador mulçumano pode interromper seu trabalho para fazer suas orações?; O uso de símbolos religiosos cristãos em repartições públicas, sendo o Brasil um estado laico, seria possível?; Dois homens poderiam se casar?; O uso de véus para alunas islâmicas pode ocorrer?; No caso de professoras esse véu seria permitido?; Pode pais recusarem a transfusão de sangue para seus filhos alegando motivos religiosos?; Pode obrigar um preso de religião diversa a comer a comida regular?; Que valores são mais importantes?, essas e outras diversas perguntas têm uma complexidade enorme em suas soluções.

É notório que solucionar esses conflitos através da subsunção se mostra insuficiente, principalmente quando o ordenamento jurídico deixa a desejar no sentido de uma regulamentação para essas questões, muitas delas vem sendo respondidas através do judiciário, mas o mesmo também vem resolvendo questões políticas como o caso da fidelidade partidária, a inelegibilidade de políticos fichas sujas e seu trâmite entre diversas outras que vêm sendo discutidas perante aquele.

A reforma da previdência e cobrança de inativos, criação do Conselho Nacional de Justiça, atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito como a quebra de sigilo, questões relacionadas a direitos fundamentais como a Arguição de Preceito Fundamental referente a interrupção da gestação no caso de fetos anencéfalos, união estável homoafetiva, legalidade de cobrança de assinatura telefônica, tarifas de transporte público, reajuste de mensalidade de planos de saúde entre tantas outras demonstram essa juridificação da sociedade.

A busca por uma igualdade material em relação aos direitos inerentes as minorias tem como ponto de partida a própria Constituição da República de 1988 e toda sua carga valorativa, aliada a toda uma gama de tratados internacionais que este país é signatário, assegurando assim pelo ordenamento constitucional, direitos e garantias. Não obstante as regras positivadas, princípios explícitos e implícitos consagram a proteção devida pelo âmbito jurídico brasileiro aos grupos vulneráveis, derivando diretamente do amplo respeito em relação à força dos direitos fundamentais, essa baseada na proteção da pessoa humana, a igualdade e dignidade da população. A consagração dessa proteção como valor atribuído a Constituição, traz o alicerce em que a Carta Brasileira foi construída, com a finalidade de garantir e preservar direitos, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, como direitos fundamentais baseiam a sua finalidade, além de todas as outras em um possível limite à legislação.

Nesse sentido, já no corpo do preâmbulo constitucional o constituinte originário define a finalidade e os preceitos da propositura e os pilares que se estruturam a Constituição da República de 1988⁵⁶:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...].

No decorrer da história a igualdade a que se refere o princípio para o alcance da justiça sofreu diversos entendimentos, no constitucionalismo clássico, a igualdade era estabelecida como formal, por séculos esse entendimento se perpetuou, hodiernamente o aspecto é influenciado pelo modelo habermasiano, sendo essa direcionada a participação e inclusão, por se tratar de um Estado

⁵⁶ BRASIL, 1988.

Democrático de Direito, devendo-a ser estabelecida principalmente na forma eficaz de participação da elaboração das normas que são inerentes a toda a sociedade.

A contribuição de Habermas é sem dúvida grandiosa, o questionamento que deve ser feito é se a lógica do seu pensamento pode ter respaldo em realidades periféricas ou emergentes como a brasileira, ou ficaria restrita a realidade germânica ou de países semelhantes, é fato que a sociedade brasileira lida com problemas estruturais diversos e nesse sentido é preciso entender que o jogo político no Brasil exerce uma participação negativa nesse ponto. A estrutura como mencionada por este trabalho, dificulta a eficaz inclusão e participação de grupos minoritários, o que é mais um traço da premissa que no Brasil existe um rol de normas e regras e uma proteção para as minorias, o que não ocorre é uma plenitude na prática.

A discussão do processo de judicialização da política e da sociedade, tão debatida atualmente é um reflexo do caminho percorrido historicamente em relação a garantias e participação popular, no sentido de reconhecer a ligação do direito com a democracia, toda a alteração ocorrida no campo jurídico e social traz a tona o desejo da população como autores e destinatários de direito, nesse sentido a contribuição de Peter Haberle elencada por Cittadino⁵⁷, demonstra a influência social nessa nova ordem jurídica:

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão, tanto pública quanto privada, e a legitimidade do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tomarem parte na interpretação da Constituição, ampliando aquilo que Peter Haberle (1997) designa como “comunidade de intérpretes da Constituição”, ou, de outra forma, favorecendo o processo de “judicialização da política”. O que importa ressaltar, portanto, é que se o vínculo entre ativismo judicial e cidadania ativa não pode considerar o direito como um entrave ao processo democrático, isto não significa que o processo de “judicialização da política” não tenha espaço em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia. Em outras palavras, o processo de “judicialização da política” pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição.

⁵⁷ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. VIANNA, Luiz Werneck, organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002, p. 39.

Esse é certamente o caso brasileiro. Se hoje nos permitimos discutir o processo de “judicialização da política” é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais.

A participação política consiste em um efeito positivo por parte dessa alteração do papel do judiciário e a disposição de uma jurisprudência de valores, ensejam um engajamento político-social da sociedade e a forma da mesma lidar com a Democracia, o papel do judiciário, nesse aspecto como instituição, merece receber o mérito devido, muito embora, a participação social ainda precisa vir a ser maior amplificada, entendimento semelhante é proposto também por Cittadino⁵⁸, ao mencionar a jurisprudência de valores e a participação política:

Parece não restar dúvida de que esta concepção de “comunidade de intérpretes da Constituição” está inequivocamente associada a um processo de democratização da hermenêutica constitucional e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa que, por esta via, concretiza ou realiza a Constituição. Ao procurar garantir a participação político-jurídica dos grupos e forças plurais que integram as democracias contemporâneas, a jurisprudência de valores afirma o seu compromisso com o ideal da igualdade e com a dimensão republicana que a concepção de “interpretação aberta” traduz.

Dessa forma é notória a ligação direta em matérias do dia a dia da população e terminam por ensejar na participação do cidadão e o interesse na solução de cada caso. Hoje em dia o respeito e interesse da sociedade no judiciário é cada vez maior, em conjunto com a divulgação dos meios de informação sobre essas decisões, o fenômeno de importância do judiciário no dia a dia da sociedade passa de mero instituto para o centro do ordenamento político, sobrepondo o legislativo que não consegue ter a mesma credibilidade, dessa forma o judiciário adquire uma responsabilidade maior e uma ligação cada vez mais forte com a sociedade. Nesse sentido, contribuição importante é proposta por Barroso⁵⁹ ao tratar desse aspecto:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas,

⁵⁸ CITTADINO, op cit., p. 24.

⁵⁹ BARROSO, 2005, p.2.

ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

A figura do Poder Judiciário então se mostra alterada, passa assim ao polo central do modelo de organização de poderes, uma alteração no paradigma existente, onde o papel de protagonista é marcado pelo Supremo Tribunal Federal em conjunto com instrumentos que terminam por terem uma ligação maior que outros poderes com a sociedade, como realçado por Sarmento⁶⁰:

Como ressaltado, esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloqüentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como "normas programáticas", e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao "legislador negativo", com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF.

A judicialização da política pode ser entendida como uma possível expansão da jurisdição da suprema corte com uma transferência da resolução de questões advindas a priori pela legislatura, ou seja, métodos de resolução além da jurisdição estrita e apropriada. Com influência das causas seguintes: a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes e decorrendo o uso dos tribunais por grupos de interesses, oposição e uma possível ineficácia das instituições majoritárias.

Sendo assim, essas alterações na sociedade e na teoria jurídica baseadas no Pós-positivismo, com um papel cada vez mais ativo por parte do Poder Judiciário, terminam por gerar controvérsias no sentido de uma falta de legitimidade por parte de uma instituição que cada vez mais ao dizer o direito termina por criá-lo, exatamente essa discussão entre uma contenção judicial e um controverso ativismo judicial a seguir será analisada.

⁶⁰ SARMENTO, 2009, p.20.

3.5 A Problemática do Ativismo Judicial

Presenciamos a controvérsia estabelecida pelo fato do Supremo Tribunal Federal vir criando direito novo, com a justificativa de que seus julgamentos são retirados da Constituição da República, onde estavam explícita ou implicitamente postos. Essa nova realidade como dito anteriormente tem ligação direta com o fenômeno de Judicialização como antes demonstrado, e nesse sentido, Barroso⁶¹ traz o que se entende por aquele:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

É notória a ligação direta da chamada judicialização como causa do chamado ativismo judicial, este que gera diversas repercussões na doutrina, chegando até e principalmente ao debate social, entende-se que seria uma postura proativa por parte do Poder Judiciário, no modo de interpretação da Constituição, ampliando seu sentido e grau de extensão, criando assim direito novo, não estabelecido no modelo tradicional de técnica e processo legislativo. Condutas ativistas são cada vez mais frequentes como a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, aplicação da Constituição em casos não expressamente contidos em seu texto (caso da união homoafetiva, tratado nesse trabalho), imposição de condutas relacionadas às políticas públicas, entre diversas outras que essa nova postura termina por exercer.

O questionamento a ser efeito, diz respeito até onde essa criação do direito por parte do judiciário é salutar, devida e válida. A postura atual exercida pelo judiciário é debatida por diversos argumentos, no entanto é preciso primeiramente verificar a estrutura atribuída ao intérprete, sua função e modo de operação na ordem jurídica. Nesse aspecto contribuição na tentativa de compreender a lógica da

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2>. Acesso em: 20 jul. 2013.

interpretação-criação do direito por parte do judiciário é mencionada por Ramos⁶² ao expor posicionamento de Lord Radcliffe e trazer o pensamento a respeito desse aspecto por Karl Larenz:

(...) Lord Radcliffe, na convenção anual da Law society, em 1964, asseverando que “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente À questão de se o juiz é criador do direito”. “É óbvio que é”, obtemperou o orador, como não o poderia ser? E não se trata aqui, à evidência, da criatividade ínsita à emissão da norma de decisão ou norma concreta, mesmo se vista como a mera projeção da norma geral contida no dispositivo aplicado. Cuida-se, isto sim, da construção da normatividade *tout court*, a qual se desprende do texto aplicado para se situar ao cabo do processo de concretização. A tal propósito, Karl Larenz produziu página de inexcusável clareza, que merece ser reproduzida:

O juiz, de modo semelhante ao Legislador, é de acordo com a sua própria ideia descobridor e ao mesmo tempo conformador do Direito, que ele traz sempre de novo para a realidade num processo interminável a partir da lei, com a lei e, caso necessário, também para além da lei. O Direito (realmente vivo, existente) é o resultado deste processo, no qual colaboram a ciência do direito e finalmente todos aqueles também que exprimem publicamente a sua opinião sobre questões jurídicas e contribuem assim de qualquer modo a definir a ‘consciência jurídica geral’. De uma maneira ou de outra, quer o juiz apenas ‘interprete’ a lei, quer a restrinja ou integre em conformidade com o sentido dela, quer abra lugar pela primeira vez a um ‘novo’ pensamento jurídico que ainda não encontrou expressão na lei-ou só uma muito incompleta-, é sempre a lei na verdade o ponto de partida das suas ponderações, mas ela só determina raras vezes a sua decisão. O que ele acrescenta, nomeadamente, a determinação última, o ‘afinamento’ dos elementos da previsão em vista deste caso concreto, ou ainda o cuidadoso preenchimento duma ‘lacuna da lei’, tudo isto não deixa intacta a lei, como ela ‘vigora’ realmente, mas antes vem determinar a maneira precisa como ela se torna eficaz como factor de ordem. Por este meio, a norma é como que de novo libertada da sua ‘abstracção’ inevitável e irrenunciável e possibilita-se enfim a sua função de regular relações ‘concretas’ da vida.

No mesmo entendimento segue o pensamento de vários outros autores, no entanto, essa mudança de atitude por parte dos juízes é por muitos discutida, tendo como característica duas faces de uma mesma moeda, Cappelletti⁶³ entende que a postura ativa dos magistrados seria perfeitamente natural ao mostrar que (...) “este fenômeno é inevitável, pois que toda interpretação tem uma porção intrínseca de criatividade. Nunca se confundindo com arbitrariedade, pois a criatividade respeita elementos processuais e substanciais”(...). É fato que toda essa mudança se relaciona com todas as áreas do Direito e o Direito Processual não fica na contra mão, a compreensão deste foi alterada, seu propósito e sua função, a valorização por um acesso a uma ordem jurídica justa, mas principalmente um acesso à justiça

⁶² RAMOS, 2010, p. 83-84.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, reimpressão 1999, p. 24.

predomina em relação a forma como antes se estabelecia, relativizando diversos dogmas anteriormente constituídos.

A função do judiciário e o papel que o juiz exerce na controvérsia, talvez seja a chave para a compreensão de até que ponto se pode haver criação do direito como anteriormente tratado e um ativismo judicial, no sentido negativo atribuído ao termo, nessa lógica ainda, Cappelletti⁶⁴ traz a possível diferenciação do juiz para o legislador:

Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro criar ex novo o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho agora demonstrar essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional.

Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são "Law-making process". Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e "ativista" e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.

O tema que por um lado vem tendo um respaldo da sociedade e termina por ensejar em uma valorização maior de direitos fundamentais e instrumentos de alcance da desejada justiça, aliados ao fato de conseguir prestar uma jurisdição mais efetiva, mesmo que em passos lentos, não se encontrando na inércia que o legislativo se depara, sucinta dúvidas no que diz respeito à legitimidade democrática e a extrapolação de funções perante o Poder Judiciário, a questão da (*in*) segurança jurídica, politização da justiça, incapacidade institucional do Poder Judiciário e a separação dos poderes.

A alteração do consolidado formalismo para um novo método e modelo de aplicação jurisdicional, traz um rompimento de um paradigma que acompanhou a ordem política por séculos, a mecânica engessada anterior foi substituída por novos instrumentos e mecanismos que o Pós-Positivismo trouxe, nesse quesito essa alteração da postura e função do juiz surge na contramão de escolas e pensadores antigos ocasionando uma ruptura com o modelo estabelecido, como exposto por Cappelletti⁶⁵:

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, reimpressão 1999, p. 74.

⁶⁵ CAPPELLETTI, op cit., p. 32.

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a sociological jurisprudence e o legal realism nos Estados Unidos, a Interessenjurisprudenz e a Freirechtsschule na Alemanha, e o método da libre recherche scientifique de François Gény e de seus seguidores em França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao case Law, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas.

O resultado dessa ruptura é a percepção da difícil habilidade da função do juiz, este não pode mais se colocar em uma posição à par da sociedade, da história, do seu convívio e de toda a estrutura social, a função do intérprete hoje vai além do juiz mero interlocutor da lei, precisa ter uma responsabilidade maior com os aspectos políticos e sociais, semelhante entendimento é o de Cappelletti⁶⁶ ao tratar da discricionariedade:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

A origem do termo Ativismo Judicial deriva do sistema common law, do modelo norte americano, e o papel da Suprema Corte na resolução de conflitos, nota-se abaixo uma característica marcante nessa postura, tal seja, a possibilidade de exercer um papel progressista, mas também, conservadora, situação

⁶⁶ CAPPELLETTI, op cit., p. 33.

preocupante, que demonstra a instabilidade social que poderia pautar esse fenômeno. Um breve resumo dessa historicidade é demonstrado por Barroso⁶⁷:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Relevância marcante no papel do intérprete é a influência alemã já discutida anteriormente ao tratar do Pós-Positivismo, onde o Pós-Guerra propiciou uma busca por garantias de direitos fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana, com a finalidade que a legislação não se tornasse *unrecht* (injusta), deveria essa trazer valores universais, e nesse contexto a figura do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão) exerce uma capacidade de construir uma fortificação e consolidação de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, todas essas influências chegam ao Brasil, com o texto constitucional de 1988 dando margem a essa judicialização, aliados a métodos de uma interpretação mais aberta, ensejando assim no ativismo judicial por parte dos juízes, vale ressaltar que nesse cenário cria-se um binômio relativo à atuação do Poder Judiciário, que seria imbuído nesse ativismo judicial e a chamada autocontenção judicial, em referência a Barroso⁶⁸:

O oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença

⁶⁷ BARROSO, 2008, p. 4.

⁶⁸ BARROSO, op cit., p. 4.

metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista.

O questionamento que se faz em relação a essa postura do judiciário seria a falta de legitimidade democrática e a sua extrapolação de funções, dessa forma é notório um debate político sobre o caso, ao criar direito novo o judiciário estaria legislando, tomando para si uma função que não é sua, e como motivo principal dessa preocupação seria o fato dos juízes não terem respaldo democrático no sentido dos mesmos não serem representantes da população, não exercem suas funções pela escolha, através do voto dos cidadãos. Dessa forma seria um afronte a relação harmônica da Separação dos Poderes.

O ativismo judicial será estabelecido pela frequência que um determinado órgão do poder judiciário, nesse caso, um juiz ou tribunal utiliza-se da jurisdição inerente para adentrar na função de outro poder do estado ou que o papel do intérprete suprime omissões dos demais poderes. Dessa forma, o ativismo pode ser estabelecido em diversos parâmetros ou tipos. Podendo, para o estudo em questão mencionar alguns: o ativismo contra-majoritário: em conformto com às decisões dos poderes eleitos para tal, o ativismo material ou criativo: que resulta em criação de novos direitos, ativismo remediador: para impor atuações positivas de outro poder e por fim o ativismo partisan: que é caracterizado pelo uso do poder judiciário para obter objetivos para determinado grupo.

A preocupação relacionada a soberania popular é verificada ao perceber o confronto político que o poder judiciário estabelece com o poder legislativo, extrapolando suas funções e exercendo um papel ativo e que se confunde com o legislador, nessa seara, argumentos dos dois lados da moeda são levantados no debate que vai além da ciência política, esse desemboca nas ciências sociais. O que só ressalta o papel significativo do debate, como a seguir proposto por Vianna e Burgos⁶⁹:

⁶⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. **Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002, p.340-341.

Essas tendências – com as teorias que lhes dão sustentação -, que encaminham, de modo geral, em favor de uma maior autonomia do direito, de suas instituições e procedimentos quanto ao poder político, têm sido vistas, e com razão, como problemáticas em face das concepções republicanas de soberania popular centradas na regra da maioria. De outro lado, a própria expansão sistêmica do direito sobre outras dimensões da vida social, como a economia, a família, a escola, o mundo do trabalho, é apontada como responsável por uma patológica colonização do mundo da vida que se veria enredado na malha de um processo de juridificação, do que resultaria uma cidadania passiva composta de clientes da ação administrativa do Estado. Fala-se, então, entre os que ressaltam a negatividade do protagonismo do direito na cena contemporânea, em judicialização da política (Tate e Vallinder, 1995, esp. Parte I) e jurisdicização das relações sociais, em usurpação da soberania popular pelo ativismo judicial, enquanto outros preveem a derruição do próprio direito, como no trilema de Teubner (1996^a: ET seq.), se não for contido no seu ímpeto regulatório, que o ameça com uma dependência progressiva a um tipo de desempenho exigido pelo seu entorno social. No limite, tal dependência importaria em uma abdicação da dimensão formal, que lhe é intrínseca, em favor da material, quando perderia a sua identidade própria.

A distinção de pensamentos e argumentos de defensores e críticos ao papel que o judiciário vem exercendo, o uso de expressões como judicialização e juridificação, representam uma crítica a postura que o intérprete estabelece, resultando em uma passividade da sociedade e na característica de usurpar a soberania popular no sentido de não haver legitimidade democrática em relação ao judiciário, pontos fortes que os críticos trazem ao relacionar a extrapolação de funções no debate. No entanto, outros configuram a mesma problemática como uma possível ampliação do que se entende como soberania, ao incluir novos setores de discussão e conseqüentemente resolução de conflitos para a sociedade, limitando assim a regra da maioria no debate político. Dessa forma, Werneck Vianna e Burgos⁷⁰, relaciona os defensores dessa nova postura por parte do judiciário:

Na ponta oposta, a emergência do constitucionalismo democrático no segundo pós-guerra, reforçada pela democratização, nos anos 70, do mundo ibérico europeu e americano, trazendo consigo a universalização do judicial review e a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria, é percebida como uma ampliação do conceito de soberania, abrindo para os cidadãos novos lugares de representação da sua vontade, a exemplo do que ocorre quando provocam o Judiciário para exercer o controle da constitucionalidade das leis. Nessa corrente, valoriza-se a tendência atual de expor o sistema do direito, inclusive pela facilitação do acesso à Justiça, às demandas de caráter coletivo, instituindo-se o processo de adjudicação em mais uma possibilidade para a democratização social. Mesmo em teorias acidamente críticas do ativismo judicial, como a de Habermas, a procedimentalização da produção do direito importa uma noção complexa da soberania, uma vez que justificar racionalmente o direito depende da livre deliberação de todos, investido cada cidadão da

⁷⁰ VIANNA, 2002, p.340-341.

representação de suas razões, concebendo-se a vontade da maioria como um arremate da vontade geral previamente estabelecida.

Não por menos esse tipo de preocupação é importante, a questão da legitimidade tem elevada magnitude no debate da ciência política e conseqüentemente deveria ocorrer no direito. Os defensores desse novo modelo alegam que a Democracia não seria só a vontade da maioria, deve-se respeitar as minorias e assegurar seus direitos, onde por este novo método ocorreria uma melhor garantia dessa preservação de direitos. De certo modo, esse novo modelo vem dando margem a uma melhor solução desses conflitos sociais da contemporaneidade, mas a matéria é por demais complexa para ser restrita a esse argumento. Dessa forma, a preocupação no que diz respeito à legitimidade e função do judiciário, é pautada em diversas críticas em relação ao ativismo judicial, sua extrapolação de funções e o possível afronte a soberania popular, nessa linha segue Ávila⁷¹:

O Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Poder Judiciário.

Toda essa problemática relacionada à legitimidade ou falta dela, repercute no meio acadêmico e jurídico, no entanto, outra questão merece atenciosa preocupação, que seria a possibilidade nesse novo modelo de se estabelecer uma juristocracia, onde os interesses de poucos, respaldados em uma maleabilidade hermenêutica, ensejariam em situações diferentes dos argumentos progressistas dos defensores do Neoconstitucionalismo. A realidade brasileira precisaria assim de mais rigor ou maleabilidade? Esse questionamento é difícil de ser respondido, mas interessante é a abordagem referente à Teoria Sistêmica de Niklas Luhman, por Marcelo Neves que é retirada de Sarmiento⁷²:

Uma reflexão importante sobre tema correlato foi empreendida por Marcelo Neves, a partir das categorias da teoria sistêmica de Niklas Luhman. Para Luhman, em apertada síntese, o Direito, nas hipercomplexas sociedades modernas, seria *autopoietico*, pois consistiria num subsistema social estruturalmente fechado em relação ao meio envolvente, que operaria de acordo com um código binário próprio - o lícito/ ilícito. As influências do meio

⁷¹ ÁVILA, 2009, p. 16.

⁷² SARMENTO, 2009, p.26-27.

envolvente sobre o Direito seriam filtradas através deste código, assegurando a autonomia da esfera jurídica diante dos outros subsistemas sociais, como a Economia, a Política, a Religião etc. Contudo, Marcelo Neves sustenta que em sociedades periféricas, como o Brasil, não se desenvolveu plenamente este fechamento estrutural do Direito. Por aqui, fatores como a nossa "constitucionalização simbólica" geraram uma insuficiente diferenciação do Direito em relação a outros subsistemas sociais, permitindo que elementos a princípio estranhos ao código binário do jurídico - como a questão do poder político e do poder econômico - se infiltrem sistematicamente nos processos de aplicação das normas, condicionando o seu resultado. A teoria dos sistemas de Luhmann não funcionaria bem entre nós, pois teríamos um Direito em boa parte *alopoiético*. Para tal perspectiva, esta maior abertura do Direito ao meio envolvente não assume o potencial emancipatório preconizado pela teoria neoconstitucionalista. Ela funciona muito mais como um mecanismo de cristalização de diferenças sociais, mantendo a hiper-inclusão de uns, ao preço da exclusão de outros.

Ainda em relação a teoria de Luhmann, nota-se que a função que o judiciário vem exercendo pode propiciar a influência de fatores externos da específica realidade brasileira, segundo Marcelo Neves, o que teria um efeito negativo na resolução de conflitos político-sociais. Vale assim ressaltar a figura do judiciário na teoria de Luhmann, explicitando a busca da sociedade pelo judiciário para a possível produção de decisões políticas e a extrapolação do papel que o intérprete exerce atualmente na sociedade, conforme Eisenberg⁷³:

Como argumenta Luhmann (1995), enquanto o direito é um princípio de seleção estrutural – a exploração de perspectivas conflitivas no sentido de formar e reproduzir expectativas comportamentais generalizadas - , a política explora conflitos para formar e reproduzir decisões vinculantes. Falar, portanto, de uma judicialização da política significa dizer que o Judiciário está explorando conflitos no sentido de formar e reproduzir decisões vinculantes. Em vez de explorá-los para produzir expectativas comportamentais generalizadas (sua função sistêmica por vocação), o direito é invadido pela política, e seus agentes são crescentemente buscados pelos atores sociais para produzir decisões políticas.

Dessa forma a preocupação com essa atitude proativa do judiciário é constante, e por diversos fatores, um deles, mas com não menos importância seria a (in) segurança jurídica que essa postura proporcionaria, segurança no que se refere à certeza jurisprudencial, a estabilidade nesse quesito estaria preservada? A resposta pode parecer mais acertada ao definir que esse novo modelo proporciona uma instabilidade no sentido de não ter a certeza direta da decisão judicial, no

⁷³ EISENBERG, José. **Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil / Luiz Werneck Vianna, organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002, p. 47.

entanto essa instabilidade mesmo sem essa postura que o judiciário vem exercendo já é estabelecida. Interessante argumento referente à essa questão é o de Souza⁷⁴:

Nessa senda, defendia que a “segurança jurídica” advém do legislador, mas a “certeza” decorre da atividade do Judiciário de aplicar o direito, indicando, em última instância, quais as ações que podem ser reputadas justas diante da ordem vigente em determinada sociedade. (...) que a Lei é uma certeza *a priori*, já que a *certeza do direito* surge com a jurisprudência, ou melhor, quando os juízes e tribunais, ao final de um processo, emitem decisão que transita em julgado.

Essa relação dialética entre segurança e justiça permeia no campo de discussão acadêmico e social se relacionando diretamente com a Criação Judicial do Direito e conseqüentemente com o Ativismo Judicial, onde é importante a preocupação em relação a assegurar a melhor estabilidade possível no campo do direito. A instabilidade mencionada se configura como efeito negativo e preocupante para todos os setores, no entanto, ao se falar em grupos vulneráveis, essa característica se revela ainda mais alarmante, levando-se em consideração que o objeto de busca por parte desses se refere à legitimação, equilíbrio e justiça relacionados aos direitos fundamentais, como adiante analisado.

A preocupação em relação ao ativismo judicial se mostra abrangente, são diversos argumentos que ensejam nessa discussão como já dito anteriormente, uma problemática que faz parte dessa linha seria a concentração de toda a solução dos conflitos da sociedade em Brasília, mas precisamente no Supremo Tribunal Federal e seus ministros que se tornaram alvo de toda atenção não só dos juristas, mas dos meios de divulgação de informação e da sociedade em geral.

Esse fato acontece devido a predominância do chamado controle de constitucionalidade concentrado em relação ao controle difuso, o que termina por colocar o Supremo Tribunal Federal em um papel cada vez mais central. Precisa assim também se discutir os mecanismos e instrumentos estabelecidos na Constituição da República de 1988, e um deles seria exatamente o controle concentrado que hoje exerce um papel de maior relevo na ordem jurídica, é preciso se repensar, e um dos pontos seria a figura do controle difuso, com a ressalva da possibilidade abrangente à insegurança jurídica, que tal instrumento possibilita e seu uso como mais um mecanismo e instrumento nesse contexto.

⁷⁴ SILVA, O.A.B. **Processo e Ideologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

Por todo o exposto, fica fácil de perceber a controvérsia que o tema ativismo judicial proporciona, muitos defendem, outros criticam de forma firme. O que sabe-se é que precisa-se conseguir um melhor equilíbrio na dosagem de uma postura ativa do judiciário em diversas situações, mas tendo autocontenção judicial para não extrapolar suas funções e alcançar sua finalidade de uma melhor organização da ordem jurídica, sendo hoje, essencial uma revisão do papel do juiz tradicional, com a finalidade de que o judiciário seja um efetivo instrumento para promover direitos.

Sendo assim o ativismo judicial se mostra por demais complexo e controverso, igualmente a sociedade contemporânea, dessa forma é válido o debate e a discussão sobre um aspecto que tem seu lado positivo e negativo como muitos ou todos. Precisa-se saber que essa atitude é reflexo de todo um contexto, e é importante um debate e estudo sobre essa questão com a finalidade de um alcance de uma ordem jurídica melhor estruturada e conseqüentemente uma melhor estruturação e legitimação de direitos, base para que assim consiga-se uma justiça para a sociedade contemporânea.

4 O CONFLITO INSTITUCIONAL “IMPLÍCITO” NA DECISÃO DA ADPF 132/ADI 4277

4.1 Desenvolvimento Jurisprudencial Referente à União Homoafetiva

A discussão relativa aos direitos de grupos vulneráveis vem se configurando como um dos pontos-chaves do debate relacionado aos direitos fundamentais, no caso específico ao analisar a estrutura política, jurídica e social dos homossexuais, percebe-se um avanço doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, que teve como destino a ADPF 132-ADI 4277, no entanto, o caminho percorrido até a decisão em questão foi longo e lento, verificando a omissão legislativa e um gradativo protagonismo por parte do judiciário.

O crescimento do debate acerca do tratado assunto vem paralelamente ao anseio e luta por uma isonomia, aliado ao fato de uma inserção maior ou exposição tranquila por parte dos homossexuais, nesse sentido Oliveira⁷⁵ traz uma realidade da sociedade brasileira e sua relação com a temática:

A comunidade gay representa um número que ultrapassa a casa dos 10 milhões de cidadãos em todo o Brasil. Isso tratando daqueles que se declaram homossexuais. Das classes baixas até as mais altas, temos casais que vivem e dividem o mesmo teto. Não é tão raro ver, hoje em dia, dos bairros simples, até os condomínios sofisticados, casais homoafetivos que levam uma vida como qualquer outro casal heterossexual. Se o afeto é, assim, o regente das relações de família e, principalmente, por ele deve ser guiado o magistrado brasileiro no momento de verificação de um caso de família, não se deve diferenciar os casais brancos dos negros, ou pobres dos ricos, ou os casados dos que vivem em união estável, nem os homoafetivos dos heteroafetivos. Família é e vai ser sempre a base de formação de qualquer ser humano, seja ela firmada nas suas mais diferentes formas, numa dinâmica que lhe é própria.

Os números apresentados acima variam muito de acordo com a organização que estabelecem a pesquisa, acredita-se em números maiores e como mencionado, nesses são excluídos os que não se declaram, dessa forma esse grupo vulnerável representa uma parcela significativa da sociedade que ainda não tem uma legitimação eficaz de seus direitos. Nas linhas acima verifica-se um ponto de seguimento a interpretação por parte do judiciário, a conquista como acima descrita

⁷⁵ OLIVEIRA, Emanoella Rodrigues Remigio de. **A Liberdade de Constituir Família como Direito Fundamental**: A questão das Uniões Homoafetivas. 2010. 152 f. Dissertação. (Mestrado em Direito). UNICAP. 2010, p. 51.

foi estruturada em passos lentos, mesmo por parte do judiciário ainda se constata em muitos casos um receio no reconhecimento baseado no preconceito existente e na tentativa de permanência de valores e comportamentos ainda enraizados na sociedade.

Pouco a pouco, valendo a ressalva que a temática ainda não tem sua resolução completa, foi se desenvolvendo uma espécie de evolução ao tratar do direito homoafetivo, tendo como palco de resolução de conflitos o judiciário brasileiro, inúmeras ações ligadas diretas ou indiretamente à temática foram propostas nos diversos tribunais pelo país.

A tratada ação fica assim caracterizada como um marco histórico e o possível desfecho final de uma luta da classe específica na tentativa de legitimar direitos inerentes ao homem. Sem prejuízo de toda a realidade ainda distinta e desigual em relação aos homossexuais, a ação estudada se apresenta como um possível divisor de águas na temática, como resultado de todo um percurso desenvolvido lenta e gradativamente na área jurídica.

O resultado da decisão e seus efeitos adiante analisados são os reflexos de uma “enxurrada” de ações na busca de uma igualdade em relação a direitos e a busca de um mínimo existencial em relação a qualidade de vida por este grupo específico. A evolução doutrinária vem paralelamente a evolução da aceitação por parte do judiciário, bem verdade que a primeira se mostrou mais rápida e crescente nessa aceitação e incentivo, o que não retira a importância que a área jurídica desempenhou a passos lentos em relação à legitimação de direitos dos homossexuais.

A figura do Poder Legislativo, nesse caso, é pautada pela omissão e ineficiência, o que revela uma das causas do crescimento dessas ações e dessa forma, o judiciário terminou por adquirir a responsabilidade de uma área extremamente política e certamente social.

Em um primeiro momento, a alteração da estrutura familiar secular foi sendo desenvolvida por parte da doutrina que aceitava e incentivava essa transformação, ao passo que lentamente foram sinalizadas pelos tribunais. Os posicionamentos destes foram gradativos e muitas vezes distintos. Decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul representaram a jurisprudência que foi caracterizada como inovadora, nesse sentido, a importância dada a afetividade se estabelecia e direitos foram concedidos como a seguir demonstrado:

EMENTA: UNIAO ESTAVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSORIO. ANALOGIA. INCONTROVERTIDA A CONVIVENCIA DURADOURA, PUBLICA E CONTINUA ENTRE PARCEIROS DO MESMO SEXO, IMPOSITIVO QUE SEJA RECONHECIDA A EXISTENCIA DE UMA UNIAO ESTAVEL, ASSEGURANDO AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE A TOTALIDADE DO ACERVO HEREDITARIO, AFASTADA A DECLARACAO DE VACANCIA DA HERANCA. A OMISSAO DO CONSTITUINTE E DO LEGISLADOR EM RECONHECER EFEITOS JURIDICOS AS UNIOES HOMOAFETIVAS IMPOE QUE A JUSTICA COLMATE A LACUNA LEGAL FAZENDO USO DA ANALOGIA. O ELO AFETIVO QUE IDENTIFICA AS ENTIDADES FAMILIARES IMPOE SEJA FEITA ANALOGIA COM A UNIAO ESTAVEL, QUE SE ENCONTRA DEVIDAMENTE REGULAMENTADA. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTICA - 100FLS - D.) (EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70003967676, QUARTO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 09/05/2003)⁷⁶.

Ainda seguindo essa linha de entendimento de um judiciário progressista, com forte apelo vanguardista do tribunal do Rio Grande do Sul, foi se estabelecendo gradativamente uma aceitação e legitimação em outros julgados, relacionando a afetividade e efeitos de uniões na seara jurídica e social, mais um caso similar foi o posicionamento seguinte:

EMENTA: RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envoltimentos emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que „frutos civis“, e, portanto, incomunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007243140, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 06/11/2003)⁷⁷.

Como demonstrado o reconhecimento dessa transformação social, no sentido de alterar o entendimento do que seja status familiar foi o argumento chave para uma equiparação de direitos na lógica da concretude de direitos fundamentais e

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n. 70003967676**. Referentes a Apelação Cível n. 599348562. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Relator para Acórdão: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 09/05/2003. Lex: CF-226 PAR-3 de 1988. CF-1 INC-III de 1988.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.70007243140**. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 06/11/2003. Lex: CF-226 PAR-3 de 1988. CF-1 INC-III de 1988.

princípios constitucionais como o da igualdade, dignidade da pessoa humana entre tantos, com base na interpretação por analogia da forma devidamente regulamentada na época.

Diversos outros tribunais seguiram essa linha, reconhecendo a união estável homoafetiva como análoga a heterossexual, os argumentos favoráveis foram estabelecidos na linha mencionada anteriormente, no entanto a falta de uma devida regulamentação e a influência legalista e de aspectos formais se configuravam como o argumento principal dos posicionamentos contrários por parte de juízes e desembargadores, podendo assim chama-los de conservadores, que não permitiam a tutela jurisdicional pretendida por considerar entidade familiar como relacionamento afetivo entre homem e mulher.

Essa instabilidade e decisões díspares ainda são verificadas, mas de forma menos frequente que na década passada, todo o desenvolvimento de aceitação por parte do judiciário foi estabelecido na forma de receio por parte da classe ou grupo que procurava o mesmo para o reconhecimento dessas uniões, todo esse receio era justificado pelas diferentes formas de interpretação de cada juiz em específico, gerando decisões favoráveis e contrárias.

Nesse sentido, verifica-se um crescente apelo social e político na aceitação dessas uniões e que aos poucos foi generalizando o entendimento do judiciário, o número de ações relacionadas à adoção ou equiparação da sociedade de fato à união estável, que lograram êxito com o passar do tempo cresceram substancialmente.

Na linha de aceitação, o Superior Tribunal de Justiça em 2010 reconheceu a equiparação de direitos em relação à matéria previdenciária, embasados nos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição da República e nos Direitos Humanos. O entendimento representou na época um grande avanço na busca da consolidação dessa equiparação com base na igualdade.

Logo após esse reconhecimento, o mesmo órgão segue a linha progressista e julga um recurso relacionado à adoção por casal homossexual, no caso por duas mulheres que já tinham reconhecido o direito a adoção de duas crianças, em 1º e 2º instância, mas o Ministério Público recorreu da decisão. Nesse caso mais uma vez a jurisdição foi progressista, ou sendo mais realista, foi atual, já que equiparava no campo jurídico uma situação fática.

Nesse sentido, verifica-se como demonstrado o caminho que o judiciário foi traçando no que diz respeito a união homoafetiva, foi desenvolvendo aos poucos uma atitude ativa em relação ao reconhecimento desta, que muitas vezes foi justificado pela omissão legislativa, nesse caminho lento a resolução de um conflito social dessa magnitude terminou tendo como palco o Supremo Tribunal Federal.

4.2 O Julgamento da ADPF 132-ADI 4.277 no Supremo Tribunal Federal

Por toda a evolução de entendimento anteriormente demonstrado, aliado ao fato do STF em outras matérias já vir tomando um papel de protagonista na resolução de conflitos de uma sociedade complexa, ensejadas ou não por uma atitude ativista, o palco do julgamento da questão da união homoafetiva foi justamente a Suprema Corte Brasileira.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF -132, como autor o então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2008. Em seus pedidos: A interpretação por analogia do art.1.723 do Código Civil Brasileiro: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” em relação às uniões homoafetivas, baseando seu pedido na lógica interpretativa constitucional, com atenção ao estatuto dos servidores do Rio de Janeiro, na busca da declaração da inconstitucionalidade de decisões denegatórias ao reconhecimento da igualdade entre as uniões hetero-homossexuais. Esta ação terminou por ser recebida como uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em mês posterior, julho do mesmo ano, a ADPF 178 era proposta pela Procuradoria Geral da República, recebida também como ADI, no caso de número 4277. Com a finalidade do reconhecimento por parte do supremo, da união homoafetiva como equiparada a entidade familiar, declarando assim a obrigatoriedade desse entendimento e a legitimação de direitos com base na isonomia das relações familiares. Proposta pela Procuradora da República em exercício, Deborah Duprat, requeria como a anterior ADPF, a interpretação conforme a constituição do artigo 1.723 do Código Civil, na busca do reconhecimento da analogia entre as distintas uniões, ampliando aos homossexuais os direitos assegurados às uniões heteroafetivas.

O julgamento foi conexo entre as duas ações, recebendo como ADI, o ministro relator Carlos Ayres Britto, fez referência ao objeto chave da ação, tal seja, interpretar o artigo anteriormente mencionado conforme a Constituição. Sem prolongar no aspecto processual do recebimento da ação a mesma foi julgada.

No começo de maio de 2011, o Brasil acompanhava o debate da questão, sendo transmitido pela TV Justiça e com o total acompanhamento e repercussão das emissoras e jornais, nesse momento o julgamento da ação se mostrava como momento histórico em relação aos direitos fundamentais e a realidade dos homossexuais. Foram intimados na ação, diversos setores da sociedade para a participação no debate: Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB entre outros na qualidade de Amicus Curie. Nesse aspecto é verificada a influência de Peter Härbele e sua proposta de uma abertura da participação da sociedade no processo de interpretação da Constituição.

Toda essa estrutura no debate revela a importância de tal discussão, foram ouvidos por parte dos Ministros os argumentos contrários e favoráveis, a realidade social dessas pessoas, a importância da equiparação entre tantos posicionamentos. A chave do discurso dos incumbidos na busca da equiparação de direitos, representados entre outros por Luís Roberto Barroso, hoje atual Ministro da Suprema Casa, Maria Berenice Dias, figura de relevo nacional como jurista e por sua luta em relação aos direitos dos homossexuais, essa representando o IBDFAM, em sua sustentação oral demonstrou a importância de tal decisão e as razões para aceitação do pedido como de responsabilidade social entre tantos argumentos incontestáveis.

O resumo da decisão será apresentado pela Ementa que segue, mas já verifica-se o caminho que os argumentos e votos dos respectivos ministros votantes foram sustentados, questões relativas a não discriminação de pessoas em razão do sexo, realidade cruel que esse grupo se encontra relacionado principalmente com a discriminação não tendo sua legitimação de direitos devida, a reflexão acerca do constitucionalismo fraternal, a isonomia, e principalmente a liberdade. O entendimento do significado da expressão “entidade familiar” foi usado em larga escala, sua abrangência e valor social, utilizando de interpretação não reducionista ao modelo superado patriarcal e conseqüentemente o reconhecimento das mais

diversas modalidades do que se entende como família atualmente, como exemplo a monoparental e entre ascendentes e descendentes colaterais e afins, elevando a afetividade ao patamar superior que um laço entre seres de gêneros diferentes para fins procriativos, como estabelecia valores dogmáticos religiosos e culturais de séculos passados.

As divergências ocorreram em um aspecto, tal seja, a classificação da união homoafetiva como união estável, levando-se em conta o explícito texto constitucional e a efetiva vontade do legislador sendo entendido pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, tal impossibilidade, reconhecendo dessa forma uma nova forma de entidade familiar, sendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo uma realidade fática, não proibidas pelo ordenamento jurídico, devendo-se o reconhecimento devido pelo direito. E deixando a matéria aberta para à conformação legislativa mas sem prejuízo da auto-aplicabilidade da Constituição. Relembrando que o rol de entidades familiares no artigo 226 da Constituição da República não seria “*numerus clausus*”, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e por interpretação analógica, merecendo aplicação semelhante ao instituto de proximidade e equiparação a união entre homem e mulher.

Dessa forma como mencionado segue a ementa da decisão que por unanimidade, no entanto, com a ressalva dos três ministros acima mencionados, reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico equiparado a união estável heteroafetiva:

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 nº 132-RJ pela ADI nº 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.(...)

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCCIONISTA. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...)
 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. (...)
 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.
 A C Ó R D Ã O (...)

Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente⁷⁸ (grifos nossos). Brasília, 05 de maio de 2011.

Nas marcações acima verifica-se um resumo da aprovação, embasada pelo artigo 5º da Constituição Federal e toda a carga valorativa de princípios e garantias constitucionais ao tratar da temática, sem hierarquia divergente de tratamento nas formas possíveis de entidade familiar como requisito essencial à felicidade. Dessa forma estabeleceu o entendimento e aceitação do reconhecimento às tratadas uniões, aplicando-as o mesmo regime das uniões estáveis entre homem e mulher disposto no artigo 1.723 do Código Civil, com eficácia “erga omnes” e efeito vinculante. Poucas vezes, vale ressaltar, ocorreu uma convergência no discurso de todos os Ministros, como na decisão dessa ação. A decisão julgada por unanimidade revela, pelo menos nesse aspecto ou matéria, o entendimento similar dos Ministros ao tratar de direitos fundamentais e minorias, além de consequentemente sua elevada importância como aspecto social.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Dje nº198 Divulgação 13/10/2011 Publicação 14/10/2011 Ementário nº2607-3 **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277** Distrito Federal Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília (DF), 05 de maio de 2011, p. 611-615. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

Válido mencionar peculiaridades interessantes e cruciais relacionados ao julgamento dessa ação no que diz respeito aos argumentos justificadores dos votos dos respectivos Ministros, a argumentação revelada pelos mesmos é de merecida atenção, devendo este trabalho buscar traçar as linhas gerais da mesma e o modo pelo qual se estabeleceu a respectiva decisão.

Em um primeiro momento a discussão referente a aceitação da ADPF e aspectos processuais já brevemente discutida, foi estabelecida pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto⁷⁹, na página 629 da decisão, resolvendo a questão pelo aceite o mesmo seguiu:

Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

Em um primeiro momento o Relator expressa o aceite dos pedidos formulados, relacionando a importância da constituição da família, logo em seguida utiliza-se de diversos argumentos que sustentam sua relatoria, e chega a questão da igualdade, mencionando diversos grupos minoritários ou vulneráveis como negros, mulheres e os homossexuais, relacionando a viabilidade de políticas públicas para a busca do alcance da igualdade social:

A se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a

⁷⁹ BRASIL. 2011, p. 629.

superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa⁸⁰.

Ao mencionar igualdade, o Ministro elenca a mesma como um dos fundamentos e valores da República e conseqüentemente da Constituição demonstrando a extrema importância no ordenamento jurídico e social, menciona ainda a questão já tratada por este trabalho do pluralismo social, fazendo referência a John Rawls e a convivência entre diferentes, expressa argumento semelhante aos trazidos pela participação popular na discussão, na posição de Amicus Curie, expressando ainda a referência da igualdade no estabelecimento da democracia.

O voto do relator foi embasado inicialmente em questões relacionadas à realidade desigual entre homossexuais e heterossexuais na sociedade estipulando diversos argumentos ligados aos princípios e garantias fundamentais e como base a dignidade da pessoa humana, seguiu por essa linha e continuou ao analisar um aspecto referente a possibilidade do pedido, a sexualidade, teoria Kelseniana e forma de interpretação de preceitos constitucionais ao mencionar:

Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas.

Explico.

Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivizar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de direito de não ter dever)⁸¹. (grifos nossos).

Nesse ponto, o relator traz ao debate a possibilidade do pedido, fazendo referência a teoria de Kelsen ao mencionar, como grifado, a imposição do juridicamente proibido como premissa da impossibilidade, ainda lembrando a

⁸⁰ BRASIL. 2011, p. 632.

⁸¹ BRASIL, 2011, p. 635.

recepção desse ponto na Constituição que impede a obrigação de se fazer algo se não em virtude de lei. O Ministro utiliza desse argumento para demonstrar a não proibição constitucional a união homoafetiva, o que nesse aspecto restrito parece argumento frágil, até mesmo vago e extremamente relativo, como adiante analisado por Lenio Streck⁸². Continua sua argumentação baseando-se na possibilidade e não proibição pela Constituição, na sequência passa pelo entendimento do que seria a instituição família:

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que 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 ser⁸³.

Na análise do artigo 226 da Constituição Federal, o Ministro consagra a família como base da sociedade, merecendo respeito e proteção estatal, equiparando as uniões formais e informais, não dependendo serem as mesmas entre heterossexuais ou homossexuais, seguindo de norte para interpretação de dispositivos do Capítulo VII, a figura da família. Nesse ponto entendeu que o instituto não merecia uma interpretação reducionista e limitada, trazendo ao voto as possíveis formas do que seria entidade familiar e dessa forma incorporando a união homoafetiva, não podendo separar por razão de um parágrafo do texto constitucional o que a vida uniu.

Chega ao fim do seu voto com a procedência da ação, julgando parcialmente prejudicada a ADPF 132, transformando a outra parte em ADI, ao fazer referência as preliminares, em relação ao mérito, como já dito julgou procedente o pedido configurando o termo homem e mulher como não taxativo e a união homoafetiva como entidade familiar devendo assim ser legitimada. Em seguimento vale ressaltar alguns pontos dos argumentos apresentados pelo Ministro Luiz Fux, que trouxe ao debate a questão da homossexualidade, como realidade fática, utilizou de números

⁸² STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009, p. 648. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 20 de jan. 2014.

⁸³ BRASIL, op cit., 2011, p. 648.

do IBGE para demonstrar a quantidade de uniões declaradas atualmente, coloca aquela não como crença ou opção, mas sim, condição e segue seu argumento acompanhando o relator ao mencionar que não existe qualquer ilegalidade ou vedação das tratadas, como a seguir é demonstrado:

A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença.

A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos⁸⁴.

Parte do princípio que a homossexualidade é uma realidade fática e sendo assim não pode o judiciário deixar de lado tal situação da realidade e não se comprometer a estabelecer um elo entre a sociedade e o direito, essa dicotomia é estabelecida ao referenciar Hesse, lembrando a função social que o judiciário desenvolve ao poder estabelecer o direito como reflexo da sociedade e não a fórmula inversa, nesse aspecto é interessante perceber o verificado por este trabalho na realidade de grupos minoritários, estes não tem seus direitos legitimados pelo órgão específico, tal seja, o Legislativo, e terminam assim por bater as portas do Judiciário na tentativa de garantir juridicamente uma possível formalidade da prática já estabelecida socialmente.

A premissa de compatibilizar o estágio atual da sociedade com o direito vigente é mencionado nos argumentos do ministro, citando Hesse e corroborando com o entendimento que o direito é condicionado pelos fatos concretos da vida, o que merecem assim especial atenção na interpretação de conflitos como o que segue. Ainda em seus posicionamentos é verificada a utilização dos pensamentos de Dworkin e Alexy, e toda a carga valorativa atribuída a Constituição, o

⁸⁴ BRASIL, 2011, p. 667.

entendimento da lógica interpretativa constitucional e sua força são utilizados no voto do ministro, confirmando o argumento de que a interpretação não pode ser condicionada especificamente por seu texto, ou falta dele, mas sim, por toda uma ordem estruturante:

(...) que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade, atentando-se para a dicção de Konrad Hesse⁸⁵. Verbis: Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa⁸⁶. (grifos nossos).

Nesse momento, a utilização desse argumento já se coaduna com toda a expressão do papel do judiciário atual, ao referenciar a força normativa da Constituição, sua possibilidade de radiar seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, nesse sentido, já tratado anteriormente, a finalidade do intérprete vai além do mero interlocutor do texto-lei, condiciona seus posicionamentos a fatos da vida concreta, um defensor, nesse quesito, das minorias contra a regra majoritária. Esse papel que vem estabelecendo o judiciário é muitas vezes salutar, como na ação em questão, no entanto, a utilização desse argumento pode possibilitar desastrosas sequelas como adiante analisadas, essa abertura interpretativa e a justificativa de propulsor da concretização de direitos, na esfera jurídica que já se encontram na realidade social é circunstância por demais complexa, por não dizer perigosa.

O papel da hermenêutica constitucional na justificativa e argumentos utilizados pelos ministros se configura de um alto relevo e importância, demonstrando a alteração significativa no modelo interpretativo utilizado em larga escala atualmente. A mudança na estrutura interpretativa em relação a décadas atrás é latente o que propicia uma maior abertura para o intérprete. Vale a ressalva que não se pode atualmente desejar uma interpretação restrita ao texto, no entanto não se pode aceitar com facilidade uma possível incoerência com a interpretação literal, é certo que nesse julgamento em específico fica perceptível a influência pós-positivista e uma ruptura significativa ao modo de operação anterior, se para o bem

⁸⁵ KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23.

⁸⁶ BRASIL, 2011, p. 680.

ou mal, ainda é incerto estabelecer, bem verdade que no julgamento em análise o resultado foi satisfatório e realmente justo, mas não se pode deixar de lado o fato de facilmente perceptível um não enquadramento interpretativo da moldura e abrangência proposta por Kelsen e ainda de Ministros diferentes chegarem a mesma conclusão com utilizações interpretativas diversas, a satisfação do resultado pode encobrir o modelo e caminho utilizado para se alcançar a pretensão.

No decorrer da votação, percebe-se algumas divergências interpretativas e razões distintas para se chegar ao mesmo resultado, em alguns casos na justificativas do votos se adentrava de forma marcante na questão e outros privilegiava-se o argumento de justiça social e um plano hermenêutico propicio ao fim proposto.

O exemplo explícito da utilização da ordem estruturante geral da Constituição é presente no voto da Ministra Carmen Lúcia, expõe em seus argumentos a utilização da interpretação conforme a constituição de forma geral a toda norma e não restrita ao texto específico de um parágrafo, nessa linha, ressalta ainda a importância da atualização do direito em relação a situação histórica e realidade atual:

Daí porque há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1723 do Código Civil.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios magnos. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

Nesse quesito as lições de José Afonso da Silva⁸⁷ são referenciadas na argumentação da Ministra, no entanto, vale a ressalva da interpretação histórica ser estabelecida não pelo atual momento, mas sim o momento em que a norma foi proposta:

A tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da

⁸⁷ SILVA, 2010, p. 15.

relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de hermenêutica contextual.

No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema⁸⁸.

Nessa passagem, a Ministra utiliza de argumentos já expostos e reafirma a alteração do modelo de hermenêutica utilizado, ressalta a figura do reconhecimento das uniões como entidade familiar e amplia sua interpretação a todo o texto e princípios explícitos e implícitos da Constituição, usa da importância em combater injustiça para chegar a sua conclusão. Cita José Afonso da Silva, para realçar a importância, ou até mesmo, dever, de interpretar e ligar o artigo 1.723 do Código Civil, não só a referência próxima do artigo 226, mas sim a toda ordem constitucional.

Na continuidade da votação outros ministros além de seguir essa linha, tratam de argumentar em referência ao artigo 226 e seu divergente parágrafo 3º, a interpretação desse aspecto se configura como um dos pontos-chaves para o resultado ocorrido, nesse texto específico se estabelece a discussão mais acirrada e polêmica em torno das uniões homoafetivas.

A utilização adequada do que seria a intenção legislativa ao tratar desse artigo, gera diversas divergências até pelos próprios ministros, mas a linha de entendimento proposta por Ricardo Lewandowski, parece ser uma forma lógica ao tratar desse aspecto:

Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima:

"Para demonstrar que as relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol descrito no artigo 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião, não é numerus clausus, e sim um rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações

⁸⁸ BRASIL, 2011, p. 698.

homoafetivas, assim como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente⁸⁹. (grifos nossos).

O ministro cita Suzana Borges Viegas de Lima e ainda outros autores que seguem a mesma linha como Paulo Lobo e Álvaro Villaça Azevedo, para entender que o texto seria exemplificativo e não taxativo o que possibilitaria uma extensão de modelos familiares, com referência ao avanço do Direito de Família na sociedade e ordenamento jurídico vigente, o Ministro propõe uma abertura constitucional para adequar o ordenamento jurídico a sociedade atual. Atribuir uma abertura e entender a vontade do legislador em combater diferenças e preconceitos, parece uma saída salutar no debate, nesse aspecto outros ministros seguiram a mesma linha.

O primeiro passo foi exatamente atribuir uma abertura ao posicionamento de não proibição para assim reafirmar a utilização da interpretação conforme a toda a estrutura constitucional, nesse quesito, abre espaço para o debate político no Supremo Tribunal Federal, a partir do momento que se utiliza a lógica de não proibição e entender as respectivas uniões como permitidas pela Constituição de 1988, fica possível abrir o espaço para o debate relacionado a dignidade da pessoa humana, papel do Supremo e a tão desejada justiça social e legitimação de direitos das minorias.

Nesse sentido, é o voto do Ministro Celso de Melo, que ressalta a possível responsabilidade que o Supremo Tribunal Federal, como corte hierarquicamente superior e protetora da Constituição, tem em garantir uma democracia eficaz, indo de encontro ao modelo da regra majoritária e exercendo as prerrogativas de um Estado Democrático de Direito.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica -, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática⁹⁰.

Reafirma assim a possibilidade de um debate político no Supremo, configura o intérprete como participante ativo na busca e legitimador de uma justiça social, desenvolve o argumento de que pela importância atribuída a questão e pela possível

⁸⁹ BRASIL, 2011, p. 715.

⁹⁰ Idem, p. 834.

omissão legislativa, a Corte Suprema seria o órgão legítimo para estabelecer esse debate, nessa lógica seguiram todos os ministros demonstrando que o papel do Supremo não mais fica restrito e desenvolve uma ampliação de responsabilidade. Nessa decisão, tida como histórica, esse papel fica ainda mais legítimo, é nessa linha e sentido que o Ministro Joaquim Barbosa, sem o prejuízo de outros argumentos e ressalvas a sua lógica interpretativa, demonstra sua posição:

Senhor Presidente, a Corte se reúne, hoje, para decidir questão da mais elevada significância social e, principalmente, para a análise acerca da efetividade da Constituição e dos preceitos que decorrem do núcleo estruturante da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY⁹¹. (grifos nossos).

A importância social do tema é bem dimensionada pelos Ministros, a posição do judiciário e em específico das Supremas Cortes é ressaltada pelo trecho, o debate político atribuído ao intérprete, nesse quesito fica explícito, com a justificativa de atualizar o direito na sociedade atual. A discussão entre o método e o mérito revela-se em aspectos como esse tratado acima, o que adiante será melhor mensurado. Na sequência de seu voto o então Ministro ainda, coaduna com o pensamento de companheiros que votaram anteriormente, tal seja na abertura constitucional e a utilização do artigo 226 § 3º como exemplificativo o que configura a possibilidade das respectivas uniões, demonstrando de forma geral a interpretação majoritária utilizada pelos Ministros:

Assim, nessa ordem de idéias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do

⁹¹ BRASIL, 2011, p. 723.

preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento.

Entendo, pois, que o reconhecimento dos direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio a igualdade⁹² (grifos nossos).

A argumentação acima utilizada se configura como a base e resumo da interpretação utilizada pelos Ministros, foi na referência direta a importância do tema, na abertura constitucional, na carga valorativa da Constituição e baseados em princípios constitucionais, como exemplo, a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana que por unanimidade foi aprovada a pretensão de equiparação das uniões homoafetivas às heterossexuais.

Nessa análise da votação fica percebida a utilização de um novo modelo hermenêutico e a ampliação do papel do intérprete, com as justificativas apontadas em seus respectivos votos, os Ministros afirmam a importância social e são merecedores de aplausos na resolução da questão, no sentido, do mérito, não se pode aceitar uma sociedade como a atual com ainda tamanha desigualdade, no entanto, o método utilizado seria legítimo, ou melhor, o órgão, da resolução do conflito, é legítimo? Esse conflito, ou possível usurpação de funções entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, no que diz respeito ao mérito foi salutar na questão tratada pelo trabalho, verifica-se, pelo menos, provisoriamente, um avanço e uma aplicação eficaz do direito ao mundo social, no entanto, entre “bons ativismos” essa postura do judiciário pode desenvolver inúmeras outras situações perigosas, exatamente é nesse aspecto que debater em até que ponto a utilização do papel do intérprete no sistema político, jurídico e social se configura legítimo, possíveis riscos são explícitos e dosar essas atitudes é tarefa no mínimo complicada pelo sistema e sociedade atual.

4.3 Interferência nas Prerrogativas

Durante a votação em estudo por diversos momentos se verificou a postura ativista do judiciário, uma vertente interpretativa mais aberta, embasando as suas decisões em preceitos abertos e uma aproximação com a moral. Essa decisão

⁹² BRASIL, 2011, p. 726.

específica além da importância grandiosa ao ordenamento jurídico e a sociedade revela bem a face do “enfrentamento” entre os poderes legiferante e intérprete, poucas vezes até então, o discurso utilizado pelos Ministros em relação a possível exarcebação de suas funções foram tão explícitos, neste ponto, algumas passagens e argumentos utilizados por aqueles focam bem essa nova postura.

Em diversos trechos se fazem presentes um possível efeito desse embate, a concordância de alguns ministros em relação a necessidade do Supremo intervir em uma discussão política fica explícita pelos diálogos e debates entre os próprios. Pelo tratado anteriormente fica certo que a importância social da proposta assumiu na decisão um peso bastante significativo, mas revela também uma situação particular da recente democracia brasileira e a realidade das três instituições base do Estado.

No decorrer da decisão se pode perceber uma postura do Poder Judiciário participativa na realidade social atual. Verifica-se, por exemplo no voto do Ministro Gilmar Mendes, que assume, a postura ativista que desempenha.

De modo que, diante da não equivocidade, da não ambiguidade do próprio texto, pareceria muito estranha a intervenção do Tribunal para fazer essa segunda subleitura do texto, que realmente faz uma alteração substancial. Mas me curvo – como já disse também – ao argumento trazido aqui de que essa norma tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união.(...) E eu comemoro também essa decisão. Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.

(...)Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo(...)

Que é uma consequência desse processo. Portanto, isso é importante que se diga⁹³.

O ministro ao se referir ao artigo 226 §3º, afirma a não ambiguidade do texto-lei, no entanto, utiliza outros argumentos para seu voto, logo após, afirma uma não relevante importância a sua postura e continua ao confirmar que a atitude da

⁹³ BRASIL, 2011, p. 729.

Suprema Corte, se configura como parte do debate de um sistema político, nesse caso faz explícita referência ao fato desse tipo de discussão ser tarefa inicial do Poder Legislativo, órgão legítimo em sua plenitude para esse tipo de debate.

Por diversos momentos a discussão a respeito das funções típicas e atípicas, das posturas e da vertente interpretativa utilizada foi trazida ao plenário, o debate em torno desse aspecto foi marcante e muitas vezes soava como uma justificativa aberta a sociedade (levando-se em conta a transmissão midiática) do papel desempenhado pelo Supremo. Críticas e demonstração da realidade do Legislativo brasileiro por diversas vezes foram atribuídas, e nesse quesito se verifica a procura em demasia de grupos específicos pelo judiciário na busca de uma legitimação não eficientemente estabelecida pelo Legislador e sua possível inércia e omissão pelas razões já verificadas no início desta pesquisa, órgão esse o legítimo indiscutivelmente para estabelecer essa postura. Ponto marcante desse debate em torno dessa questão contemplada pelo diálogo entre os ministros se retira abaixo:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar Mendes, assinalei 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 afirmei, assentei 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 MARCO AURÉLIO – Talvez com o pronunciamento do Supremo a inibição fique afastada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (...)

Sobre essa questão do Congresso, Presidente, é interessante observar os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional.

De quando em vez se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e se alega, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - há um tipo de inércia legislativa, isso reivindica, então, a atuação da Corte. Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso nacional, e nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção. (...) ⁹⁴. (Grifos Nossos).

⁹⁴ BRASIL, 2011, p. 746-748.

Fica explícito a concordância dos Ministros em torno das prerrogativas de funções de instituições específicas, ainda mencionam que como dever da suprema corte em *ultima ratio*, estabelecer essa proteção se esta não foi engendrada e concebida pelo órgão competente, nesse ponto, o ministro Gilmar Mendes traz em seus argumentos críticas a atuação parlamentar como uma das justificativas para embasar sua decisão, fica explícita por diversos momentos do trecho acima a postura ativista que o intérprete vem desempenhando, os próprios ministros assumem esse papel, revelam para a sociedade a postura desempenhada e criticam a postura parlamentar, bem verdade que as críticas nesse sentido são bem específicas e até merecidas como já verificado, mas possibilita o entrave entre as respectivas instituições e suas funções.

Utiliza-se o argumento de que o Judiciário está interferindo em demasia no sistema político, por razão do último se encontrar em uma possível situação de perversão e desgaste, aliado ao fato de sua inércia, trazendo ainda ao debate situações particulares presenciadas na atuação parlamentar como o jogo eleitoral e a possível resolução pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda se verifica no diálogo a demonstração de um possível dever por parte da Suprema Corte em coibir abusos por parte do sistema majoritário na tentativa de alterar o mencionado “limbo jurídico” da questão, assumindo que se a mesma não foi trabalhada e estabelecida pelo órgão competente um possível órgão “não competente” tem o dever de suprir essa lacuna e ainda chamar a atenção do legislativo para estabelecer suas funções.

Na sequência de argumentos e da explicitude do posicionamento ativista por parte da Suprema Corte, se encontra a referência ao papel social do judiciário e seu dever de proteção das minorias não devidamente representadas e com espaço insuficiente no parlamento, esse posicionamento estabelecido no voto do Ministro Celso de Melo, sem dúvida, para o caso em análise representa uma realidade no entendimento e subterfúgio que determinadas minorias vem estabelecendo, por uma razão simples, de se entender, ao passo que no sistema político o papel desempenhado por elas se configura como de baixo relevo, as mesmas terminam por procurar o judiciário na finalidade de algum respaldo. Essa justificativa fica bem marcante na passagem abaixo:

Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica⁹⁵.

Mais uma vez o discurso do desempenho do intérprete na sociedade é retirado do trecho anterior, a relevância do tema e o mérito da questão é sem questionamento, atualmente, a situação das minorias é de extrema incoerência com os princípios e garantias fundamentais a todo ser humano, verifica-se um descompasso entre os direitos e realidades de pessoas heterossexuais e homossexuais, presenciando nesse aspecto a proteção devida por parte do judiciário.

Ainda seguindo a linha anterior o ministro corrobora com a concordância do papel-dever do judiciário em ser o guardião e protetor dessas minorias que não tem legitimados direitos pelo sistema representativo, afirmando como a seguir a postura contramajoritária desempenhada:

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão⁹⁶.

Com o objetivo de realçar o papel institucional, o ministro segue a justificativa de uma possível interferência nas prerrogativas justificadas pela situação vulnerável dessas minorias, bem verdade que o papel desempenhado nessa decisão em específico, é justo e em seu mérito é inquestionável, parece assim, que o debate se configura em torno do método utilizado e técnica hermenêutica e o formalismo ainda não superado. As críticas em torno dessa decisão se enlaçam na interferência do

⁹⁵ BRASIL, 2011, p. 845.

⁹⁶ BRASIL, 2011, p. 849.

judiciário no legislativo, no entanto, em relação à prática e a realidade social a decisão coaduna com toda a carga valorativa da Constituição, como adiante mencionado:

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

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 assegurados⁹⁷.

O ministro Celso de Melo relembra nesse ponto do diálogo, a concepção do Estado Democrático de Direito e todo o sistema de contrapesos, a legitimidade democrática e a justiça do direito, nesse ponto revela a busca de um possível equilíbrio de relações institucionais, assegurando às minorias e grupos vulneráveis a concretização da plenitude de direitos assegurados pelo Constituinte, como a dignidade da pessoa humana e uma igualdade que vá além da meramente formal.

Condutas ativistas seriam saudáveis na tentativa de garantir uma ordem jurídica eficaz, conciliar o sistema representativo com a participação justa das minorias. Por muitos esse aspecto se caracteriza como poder-dever do judiciário é o que segue a linha do ministro Celso de Melo a seguir:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal.

⁹⁷ BRASIL, 2011, p. 853.

Postura ativista, nesse aspecto proporciona uma atualização do sistema político para a realidade atual, mas também pode configurar uma ineficiência no diálogo de alcance de outras formas de desempenhar eficientemente o debate político pela via legislativa, sem prejuízo das minorias no mesmo. Repensar o papel da política e do sistema político e eleitoral poderia ser um primeiro ponto a ser discutido na busca de convívio harmônico das instituições em consonância com a separação de poderes.

O fato do estado omissivo e ineficaz se configura como justificativa por parte dos ministros, para a alteração do papel do intérprete, mas, nesse sentido, é mais um ponto de justificativas e razões para desempenho de tal papel. Toda a ampliação de poderes institucionais e abertura hermenêutica além do aumento do raio de atuação do Poder Judiciário pela Constituição da República de 1988, também enseja essa judicialização e essa postura ativista, nessa linha ainda o ministro Celso de Melo relembra o papel da Constituição nessa aproximação do Direito e a Moral.

O papel protagonista que o judiciário vem desempenhando atualmente se configura como fenômeno de consequência da aproximação acima mencionada e embasada no modelo pós-positivista de superação do formalismo, antes estabelecido e com respaldo na própria Constituição, como em anterior oportunidade verificada, e a seguir mencionada:

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional⁹⁸.

Fica assim verificado, pela análise da decisão e dos argumentos dos ministros, a postura ativista que o Supremo Tribunal Federal vem estabelecendo, além do papel de protagonista na resolução de conflitos de uma sociedade complexa e plural, é entendido ainda que essa postura tem como justificativa a ineficiência e omissão do órgão competente, o que possibilita uma sobreposição do papel delegado ao intérprete em relação ao legislador.

⁹⁸ BRASIL, 2011, p. 870.

A decisão em estudo transparece a realidade do fenômeno do Neo-Constitucionalismo e a ruptura com o modelo estritamente positivista, já estudados no capítulo 2º, revela assim a importância atribuída a carga valorativa constitucional e uma ampliação hermenêutica que pode facilitar situações perigosas e inseguras, no entanto, para o caso em específico das uniões homoafetivas, como exemplo de questões relacionadas as minorias e grupos vulneráveis essa postura é provisoriamente benéfica e enseja uma realidade mais equânime na sociedade.

Muito embora, a característica positiva em relação ao conflito estudado, é necessário entender até que ponto esse respaldo social não poderia desenvolver posturas tirânicas ou antipopulares, além de não democráticas. Esse questionamento é retirado no momento em que se verifica a interferência do judiciário no órgão de representação da população, não se pode esquecer de toda a luta social na tentativa de alcance de uma democracia e a importância da instituição parlamentar. A interferência estabelecida é transparente e demonstra uma situação complexa que merece atenção pela importância da convivência harmônica entre as respectivas instituições para o desempenho eficaz de suas atribuições e consequentemente da resolução de conflitos da sociedade.

4.4 O Método e o Mérito

4.4.1 Necessidade - Excesso de Judicialização

Até que ponto o papel de protagonismo desempenhado pelo poder Judiciário na relação “harmônica” institucional entre os poderes se caracteriza como eficaz ou saudável, é o questionamento que pauta o debate sobre a decisão em estudo e a ciência política. Nesse sentido, a necessidade de alcance de anseios da sociedade e em específico das minorias, pode demonstrar uma disfunção sistêmica relacionada a harmonia institucional e propiciar uma insegurança que vai além da jurídica e reflete na social.

Esse efeito colateral que surge através da postura ativista pelo poder Judiciário ressalta uma realidade de vulnerabilidade social e ainda mais das minorias, que já se encontram nesse patamar por si só. A solução de conflito tendo como o palco o STF demonstra uma característica da realidade institucional, mas

expõe ao risco diversos segmentos e outros conflitos ao se utilizar do caminho inverso de resolução e conseqüentemente do jogo democrático.

O papel de protagonista desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal enseja um risco ao sistema político e se caracteriza como um desvirtuamento dos ideais democráticos. Essa assertiva se configura como lógica, no entanto, há de se ressaltar que na análise em questão, a solução encontrada como consequência da ineficiência legislativa em lidar com conflitos relacionados às minorias e sua falta de representatividade, foi o único caminho que se encontrou para o respaldo de direitos em uma sociedade tão complexa como a atual. Ou seja, a alteração e inversão do caminho lógico e o método correto nesse caso, consolidou o mérito, inegável, relacionado aos direitos de grupos vulneráveis.

Esse desempenho eficaz, nesse aspecto, do Judiciário, caracteriza o debate em relação ao jogo político e o papel que desempenha cada um dos poderes na resolução de conflitos da sociedade. Verifica-se, portanto, uma necessidade dessa judicialização na resolução de conflitos, nos moldes que o sistema político propicia e é estruturado atualmente na realidade brasileira. Porém, ressalta o risco e insegurança que o fenômeno ativista desencadeia, nessa lógica, constata-se que por questão de uma necessidade resulta em excesso de uma judicialização da política.

A atividade judiciária e o papel de intérprete, hoje confundem-se com atividade legiferante e papel do legislador, nesse jogo de caminhos invertidos o risco de efeitos colaterais e de um “esquecimento” da dignidade da legislação⁹⁹ acarreta um complexo fenômeno de vulnerabilidade e insegurança na interferência do ideal democrático.

A postura desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal é respaldada por uma realidade desvirtuada que se encontra o poder Legislativo atual, essa premissa é o que norteia o argumento dos próprios Ministros, como verificado anteriormente na análise da decisão em estudo, mas, não se limita a mesma, em diversos outros momentos esse é o argumento utilizado por Ministros para embasar suas posturas, sendo um argumento significativo ao tratar da necessidade de legitimação e de uma possível solução eficaz, também se verifica como um retrato da realidade institucional brasileira como adiante mencionado por Ramos¹⁰⁰:

⁹⁹ Cf. A dignidade da Legislação de Jeremy Waldron.

¹⁰⁰ RAMOS, 2010, p. 288.

O exame das decisões em que se pode detectar o fenômeno do ativismo judicial na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que uma das principais causas de seu recrudescimento é de ordem institucional. Ou seja, o Poder Judiciário, estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição social-democrática de 1988, ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, porém o faz, em boa medida, pela ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização. Esse componente institucional do ativismo foi reconhecido pelo atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em ciclo de debates realizado pelo Senado Federal no mês de novembro de 2008, ao discorrer sobre o ativismo judicial e a judicialização da política. Naquela ocasião, aduziu o ilustre magistrado e constitucionalista que não se pretende, de modo algum, usurpar a competência do Parlamento, mas, ao contrário, pressionar para que “o Legislativo atenda, faça aquilo que a Constituição preconiza”. Portanto, o ativismo judicial da Corte “não é uma manifestação de desprezo com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição”.

É verificado, portanto que o papel e postura ativista desempenhada é consequência de uma estrutura institucional propensa a esse desvirtuamento de funções, no entanto, como já trabalhado por este estudo, verifica-se ainda o aumento de prerrogativas e ampliação de funções do poder Judiciário como causa diretamente ligada ao fenômeno do ativismo judicial.

A própria Constituição de 1988, possibilita inúmeros mecanismos de aumento de atuação por parte do intérprete, ampliação de prerrogativas e uma abertura hermenêutica que enseja nessa postura, nesse sentido, essa ampliação aliada a estrutura institucional e social da realidade atual desencadeia nessa atividade atípica do Judiciário, como é compreendido pelo posicionamento de Ramos¹⁰¹:

Outro elemento impulsionador do ativismo judicial, específico da realidade brasileira, é a assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal. Não se trata aqui de participação no exercício da função legislativa, que é limitadamente autorizado pela Constituição ao STF, aos tribunais superiores e aos Tribunais de Justiça, em assuntos concernentes à sua própria organização interna (...).

(...) Os fatores causais que estão a aludir importam no exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam com o princípio da separação dos Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial.

¹⁰¹ RAMOS, 2010, p. 293-294.

Nesse aspecto, a referência diz respeito a mecanismos estabelecidos pela Constituição, como as súmulas vinculantes e mandados de injunção entre outros que possibilitam esse afronte ao princípio da Separação dos Poderes, há, nesse quesito uma transparente relação diversa da proposta pelo último, o que já se caracteriza como um propulsor dessa postura ativista. A relação ainda da facilitação do ativismo judicial proposta por constituições social-democratas, diz respeito a base valorativa e abertura já tratadas anteriormente, nesse quesito, em referência a aproximação do direito e a moral, e a carga principiológica inerente aquelas. Esse aspecto é bem verificado abaixo por Ramos¹⁰² ao mencionar a alteração do modelo constitucionalista e ampliação hermenêutica.

A acuidade inigualável do pensamento de Kelsen anteviu as consequências que Constituições permeadas de normas-princípio, predefinindo o conteúdo material da legislação ordinária, acarretariam no plano das relações entre os Parlamentares e os Tribunais Constitucionais, em detrimento dos primeiros, algo que poderia inviabilizar a aceitação da própria jurisdição constitucional, em uma quadra em que ainda vigorava na Europa a regra estrutural da supremacia parlamentar. Daí haver defendido o modelo de Constituições organizatórias e procedimentais, que resultassem em um exercício da fiscalização de constitucionalidade que privilegiasse o aspecto formal do fenômeno da inconstitucionalidade legislativa. Não resta a menor dúvida de que as Constituições principiológicas trazidas pelo contitucionalismo social-democrático e atuadas pelas Cortes Constitucionais, de um lado, contribuíram para limitar, significativamente, a liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Poder Legislativo, porém, de outro, acentuaram a criatividade no exercício da jurisdição.

O que precisa de uma ressalva relevante, diz respeito a essa ampliação de funções e prerrogativas no sentido de que se consiga um equilíbrio funcional, não se deve exorbitar e ir de encontro ao regime político democrático, separando explicitamente o papel do legislador e do intérprete, não interligando esses papéis no sentido de desvirtuar funções e inverter caminhos, além, de sobrepor o papel do judiciário ao do legislativo e esquecer do peso e importância da legislação. Nesse sentido é o posicionamento proposto por Cittadino¹⁰³, relevante ao lidar com essa problemática:

A ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, “essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do

¹⁰² RAMOS, 2010, p. 85-86.

¹⁰³ CITTADINO, 2002, p. 34.

sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular” (Guarnieri e Pederzoli, 1999: 27). Afinal, ainda que o ativismo judicial, como já afirmei, transforme em questão problemática os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, isto não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

A situação relacionada anteriormente demonstra a dificuldade em conciliar os papéis e posturas, buscar um possível equilíbrio, onde a importância de ambas instituições consigam conviver estrutural e sistematicamente harmônicas. Contribuição nesse aspecto também é retirada de Reale¹⁰⁴:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido objetivamente válido de um preceito, ‘não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro’, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence.

Essa aproximação, na tentativa de um equilíbrio pode desenvolver uma postura benéfica no jogo institucional, no entanto, na realidade atual, essa tarefa de entendimento parece ser demasiadamente difícil por todo o contexto social e institucional que esse enfrentamento se posiciona, todo o alargamento funcional desenvolvido pelos fatos anteriores mencionados demonstram uma situação hoje fora de um controle sistêmico, o sistema político atual se configura desestruturado. Repensar e redimensionar os papéis e atitudes eficazes na tentativa de conciliação parece ser atualmente distantes e desconexos com a realidade atual.

O sistema se encontra demasiadamente complexo precisando de um dispêndio de grande força na tentativa conciliatória, esse papel atual desenvolvido pelo intérprete que se enlaça com demasiadas críticas ao poder Legislativo reflete uma desorganização institucional, mas, também uma característica histórica, de enfrentamento e busca de mais poderes para cada instituição de forma individualizada, a persistente disputa de poderes. Nesse fenômeno, é interessante perceber, um relativo desapego na postura Legislativa, verifica-se muitas vezes que

¹⁰⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 387.

o parlamentar não se esforça para atingir um papel significativo, se deixa vencer, por assim dizer, nessa disputa. A intenção nesse aspecto, talvez demonstre a preocupação maior que os mesmos se voltam, tal seja, fins eleitorais, e manutenção de seus privilégios individuais. Não se importando, sua maioria, com a instituição total e muito menos com a realidade social.

O entendimento e preocupação por efeitos colaterais e riscos sociais, é verificado em demasia, não pela instituição prejudicada, mas sim, por boa parte da doutrina, que desenvolve severas críticas a essa postura ativista e ampliação em larga escala do papel do intérprete.

Nessas diversas críticas se retira um questionamento relativo a discricionariedade, e seus limites, uma diferenciação de discricionariedade como liberdade interpretativa e discricionariedade na conduta, valendo-se da influência alemã relativa a discricionariedade de juízo e discricionariedade de atuação, o que na realidade brasileira se misturam e talvez seja o ponto chave da postura ativista. A crítica nesse quesito, diz respeito, a possibilidade discricionária do juiz, não em estabelecer uma decisão com interpretação restrita ao dispositivo legal, a compreensão do signos dos dispositivos legais, com aceitação explícita e salutar nesse caso, mas em desenvolver uma disponibilidade sem limites de atuação, não assim uma discricionariedade de juízo.

Além desses fatores, vale a ressalva do método interpretativo utilizado, que ao final se configura confuso, a utilização da chamada interpretação conforme, parece no mínimo estranha para o caso que considerou uma ação de inconstitucionalidade procedente através de interpretação conforme e sem redução do texto, o entendimento desse jogo de métodos e técnicas se configura no mínimo paradoxal.

Essa vinculação ao texto base parece um dos argumentos mais severos nas críticas ao ativismo judicial, na lógica, interpretativa da questão, o que foi alvo dos posicionamentos diversos a decisão da ADPF 132/ADI 4277, basear a livre interpretação desvinculando-se do texto legal constitucional, nesse caso, já explicado anteriormente pelos próprios intérpretes, a interpretação utilizada não se restringe ao parágrafo de um artigo, mas sim, a toda ordem constitucional. Esse dilema foi embasado no sentido de existir no texto situação expressa relacionada a união entre homem e mulher, o que uma interpretação diversa consistiria em um não

respeito ao texto, a solução empregada pelos Ministros foi alterar o objeto de interpretação não se prostando ao artigo em específico.

O que parece ter lógica, no entanto, não apaga, o resultado e a repercussão de tal decisão sendo retirada do órgão institucional responsável por ser o intérprete, não a via devida, que fosse o legislador, além de configurar uma abertura interpretativa da Constituição possibilita um uso amplo e aberto da discricionariedade que em muitas vezes pode se chocar ao texto base.

Nesse sentido a contribuição a seguir de Ramos¹⁰⁵, demonstra a forma possivelmente eficaz em lidar com a interpretação-aplicação:

O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.

Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados. Conforme observa Konrad Hesse, o limite da textualidade “é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição” e se, por um lado, “inclui a possibilidade de uma mutação constitucional – o desvio do texto base em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação”. E arremata o seu pensamento sentenciando que “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”.

Essa observação é salutar no entendimento da função basilar do intérprete como aplicador de uma solução em respeito ao já debatido pelo legislador anteriormente, não podendo assim exarcebar sua função no sentido de criar algo novo em detrimento do já estabelecido. Nesse ponto depara-se com o papel principiológico, já demasiadamente debatido, a ampliação da abertura e o reconhecimento dos princípios como de maior relevo da estrutura constitucional, podendo muitas vezes desempenhar e propiciar um papel “arbitrário” por parte do judiciário e essa é uma das críticas severas a esse novo modelo de aplicação hermenêutica atual, o que estrutura o pensamento de Ávilla¹⁰⁶ ao relacionar os princípios e as regras:

¹⁰⁵ RAMOS, 2010, p. 168-169.

¹⁰⁶ ÁVILLA, 2012, p. 90.

Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável. Também relacionado a essa questão está o problema de saber qual norma deve prevalecer se houver conflito entre um princípio e uma regra do mesmo nível hierárquico (regra constitucional versus princípio constitucional). Normalmente, a doutrina, com base naquela já referida concepção tradicional, afirma que deve prevalecer o princípio. Assim, porém, não deve suceder.

Enquanto parte significativa da doutrina elenca uma valorização dos princípios chegando ao ponto de sobrepor as regras, outra parte igualmente significativa, revela a complicada consequência que esse uso indiscriminado pode acarretar, coloca no entendimento não mais a necessidade de uma judicialização, mas o excesso da mesma e os riscos de efeitos colaterais e posturas arbitrárias por parte do Judiciário.

4.4.2 Realidade Vulnerável das Minorias

Nessa linha, do excesso de judicialização e da complexidade do tema no sentido de desempenhar uma vulnerabilidade das instituições e principalmente da sociedade, interessante abordagem sobre a temática é estabelecida por Lenio Streck ao utilizar da metáfora de Ulisses e o Canto das Sereias, para demonstrar a finalidade legislativa originária em proteger o uso indiscriminado pelo clamor social de mecanismos que alterem a segurança da Constituição e relacionando ao ativismo judicial a problemática da postura atual do intérprete. Streck¹⁰⁷ faz referência ao já mencionando receio de uma ampliação arbitrária de função e a vulnerabilidade e insegurança que tal conduta propicia para a sociedade e mais especificamente para as minorias:

O que preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma idéia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a "*bons ativismos judiciais*" para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar.

Ora, as experiências históricas que nos foram legadas e que permitem desenvolver um conceito de *ativismo judicial* não apontam para o "bem" ou para o "mal" das atividades desenvolvidas sob este signo. Certamente, o

¹⁰⁷ STRECK, et al., 2009.

que temos de modo substancial sobre o tema são as experiências oriundas dos Estados Unidos e da Alemanha. No contexto norteamericano, como nos lembra Christopher Wolfe, em seu *The rise of modern Judicial Review*, o ativismo judicial pôde nomear desde as posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial e impediram as transformações econômicas que o *new deal* de Roosevelt tentava operar na primeira metade.

Desenvolve assim o argumento que se liga ao conto referente a “gaiola de pássaros”, ou seja, ao abrir a gaiola, na finalidade de libertar um pássaro em específico, possivelmente outros sairão juntamente, nesse caso em referência aos chamados ou tidos como “bons” e “maus” ativismos, realçando a liberdade indiscriminada que tal conduta pode levar ao ser aceita com facilidade pela necessidade atual, abre espaço para posturas não tão agradáveis assim. Demonstra nesse aspecto a historicidade dos Estados Unidos e os posicionamentos conservadores, e em outros momentos progressistas. Streck¹⁰⁸, ainda segue da mesma forma ressaltando o risco e o papel que a conduta pode desempenhar:

Em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a "bondade" ou a "maldade" de um determinado *ativismo judicial*. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela "vontade de poder" (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?

Revela o cuidado que precisa-se ao entender que uma decisão desse tipo, demonstra transparentemente uma criação de direito pelo órgão que deveria só interpretar, pode desempenhar uma necessidade, muito embora consista em excesso, podendo ocasionar diversas outras situações complexas e efeitos colaterais. Ainda mencionando o desrespeito ao ideal democrático e realçando a importância do reconhecimento da relevância de um regime democrático para a sociedade.

Como contribuição ainda ressalta o perigo desse tipo de intervenção, além da relação harmônica das instituições, menciona o possível efeito arbitrário que condutas ativistas podem resultar inclusive contra os próprios protegidos atualmente, a vulnerabilidade que essa ilegitimidade proporciona pode ser assustadora, principalmente com o respaldo que hoje se encontra essa postura.

¹⁰⁸ Idem.

Na ilusão de suprir uma necessidade pode dar abertura para um risco extremo de insegurança jurídica e social. Streck¹⁰⁹ faz ainda referência ao próprio Dworkin ao se referir a escolhas pessoais e livre convencimento por parte dos julgadores, com o uso de suas funções relacionando nesse caso a já discutida discricionariedade de juízo e de atuação, realçando o papel da legitimidade democrática, na resolução de conflitos de uma sociedade complexa:

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.

Explicamos. Em um regime democrático, como bem afirma Ronald Dworkin, em seu *A Virtude Soberana*, é preciso fazer uma distinção entre *preferências pessoais* e *questões de foro de princípio*. O judiciário pode intervir – e deve – sempre que estiver em jogo uma *questão de princípio*. Mas não cabe a este poder exarar decisões que manifestem *preferências pessoais* de seus membros ou de uma parcela da sociedade. Isso por um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. Se assim fosse, os próprios interesses dos homossexuais estariam em risco, posto que a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da "opinião" e da "vontade" daquele que julga a causa.

Verifica-se portanto, a postura que hoje se enquadra como necessária para a resolução de conflitos da sociedade, marcada pela ineficiência e omissão legislativa, e uma ampliação de funções atribuídas pela Constituição de 1988, pode desencadear efeitos colaterais e uma discricionariedade arbitrária, que hoje serve como caminho traçado para desempenhar um papel benéfico para grupos vulneráveis, amanhã pode se enquadrar conservador.

Não se pode assim uma sociedade ficar a deriva, na espera e nas mãos de poucos homens que podem utilizar seu poder ao seu bel prazer ou posicionamento pessoal. É muito arriscado segurar os anseios de uma sociedade atual ou de parcela dela, com respaldo suficiente para se deixar levar por esse caso específico com excesso de judicialização e proporcionar efeitos colaterais severos em outros. O que ressalta o papel frágil que a comunidade desempenha na solução de conflitos, o desrespeito ao ideal democrático, não no sentido simplista da regra contramajoritária. Pode desencadear em situações que fogem ao controle e

¹⁰⁹ STRECK, et al., 2009.

prejudiquem ainda mais a instabilidade e vulnerabilidade que essas minorias já se encontram.

Nesse sentido, ainda Streck¹¹⁰ transparece de forma explícita a postura ativista que o Judiciário vem exercendo, revela ainda a complicada relação atual entre os Poderes Legislativo e Judiciário, ressaltando mais uma vez o perigo que o excesso de judicialização pode desempenhar:

E, numa palavra final: quando a Constituição não diz o que gente quer, não dá "alterá-la" ou "esticá-la" a partir de princípios construídos *ad hoc*. Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! Mas, depois, não nos queixemos do "excesso de judicialização" ou de "ativismos"...! Isso as vezes é "bom"; as vezes é "ruim"....!

A complicada situação e realidade das minorias, nesse caso, passa do Legislativo para o, hoje progressista e aliado, Judiciário, ao entender que atitudes ativistas extremas não podem ser respaldadas pela resolução de um anseio específico da sociedade. O risco que se corre nesse tipo de pensamento é extremo, merecendo assim um debate e questionamento no sentido de até que ponto é legítimo e seguro.

A realidade das minorias se configura assim em uma fragilidade imensurável, situação ampliada à toda a sociedade, ao constatar esse enfrentamento entre os poderes, o que merece um dispêndio maior de questionamentos e debates acerca da questão.

O papel desempenhado pelo intérprete nessa decisão, sem dúvidas, representou um momento histórico e foi extremamente feliz em relação ao mérito da questão, é inegável a importância e a necessidade de tal resolução positiva, merecendo respaldo no sentido de demonstrar um passo na busca de uma igualdade material para a sociedade como um todo e nesse aspecto, incluindo grupos minoritários que não encontram representação devida para o debate de questões essenciais para qualquer pessoa que pertence a uma sociedade. No entanto é preciso, entender que o método foi alterado, o jogo político e a discussão devida da temática deve ser atribuída ao órgão legítimo, a legitimação de direitos e o cumprimento aos princípios e garantias do ser humano, precisa antes de mais nada

¹¹⁰ STRECK, et al., 2009.

ser respeitada pelo sistema político e merecida a devida importância que se preza na discussão.

Dessa forma, constata-se a salutar decisão no sentido de proporcionar uma maior igualdade nas relações da sociedade, mas deve se verificar o perigo que uma judicialização excessiva da política enseja. O papel desempenhado pelo Judiciário deve ser pautado no equilíbrio que muitas vezes a autocontenção judicial possibilita, equilíbrio e conciliação talvez sejam, palavras chaves para uma convivência harmônica entre as instituições, mas também para toda a sociedade.

5 CONCLUSÕES

No decorrer de toda a pesquisa, pode-se perceber a vulnerabilidade e instabilidade que as minorias se encontram no atual sistema social e político, nesse sentido desempenham um papel de fragilidade tanto no sistema político e sua má representação, como na ingenuidade do pensamento do judiciário ser mais progressista e servir de palco dessa legitimação de direitos.

Esse caminho desenvolvido atualmente foi apresentado por este trabalho através da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132/ ADI 4.277, demonstrando a resolução eficaz do interesse pretendido no cenário jurídico, mas como anteriormente mencionando possibilita um risco sério a insegurança jurídica e social do sujeito a que se destina. A ineficiência do legislador e a insegurança do intérprete colocam os grupos vulneráveis em um patamar frágil, ficando dessa forma no meio de um conflito entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, situação, bem verdade, não só das minorias, mas, de toda a sociedade.

O binômio estudado entre o método e o mérito, revela o caminho traçado e debatido pela ADPF 132/ADI 4.277, ao decidir sobre a união homoafetiva, mas ressalta especificidades da questão de grupos minoritários e a figura das instituições tratadas, nesse aspecto, pode-se desenvolver aqui uma teoria direcionando cinco peculiaridades pertinentes ao caso, coincidentemente, todas essas iniciam-se com a letra “i”, característica relativa a negação na linguagem, de maneira que foram percebidos a Ineficácia; Incredibilidade e Ineficiência do Poder Legislativo em paralelo a Ilegitimidade e Insegurança do Poder Judiciário ao se relacionar com a problemática das minorias.

Em primeiro momento, fica explícito ao tratar da temática as dificuldades relacionadas a representação desses grupos no parlamento, pelos mais diversos fatores a representação de grupos minoritários é extremamente pequena, sem uma estrutura que propicie um debate político social eficaz, situação que por si enseja em uma prestação ineficiente do legislador.

A falta de representação social fica exposta no parlamento, com o déficit de instrumentos garantidores de uma representação e participação mais justa, nesse aspecto, essa falta de representação se configura como perigosa e injusta, seria um espelho micro das dificuldades sociais já sofridas por esses grupos na sociedade. A lógica do número na regra majoritária possibilita a percepção da ineficiência do

debate social relativo ao tratado, no órgão legítimo para tal. A figura do legislador, não pode ser considerada eficiente para esse debate levando-se em consideração que na estrutura atual a representatividade é indevida e sendo assim, se caracteriza nesse aspecto, o primeiro traço da realidade vulnerável e frágil de certas minorias.

Aliada ao Legislativo ineficiente situação típica que se relaciona intimamente ao aspecto anterior, consiste na incredibilidade atual que marca o parlamento brasileiro. Diversos fatores como a corrupção, escândalos políticos, acordos eleitorais, alto custo das despesas e um retorno qualitativo não proporcional, aliados ao fato de que alguns parlamentares são contrariamente radicais em relação a direitos de específicas minorias, ensejam a sensação por partes de grupos minoritários na falta de crença de um possível aspecto positivo que resulte da produção legislativa. A falta de credibilidade desse órgão, relacionado a problemática em estudo, além de se estabelecer na insatisfação popular pela estrutura atual, vai em paralelo a improdutiva atividade legislativa relacionada as minorias.

O fato da sociedade considerar o legislativo improdutivo, não interfere no desejo de respeito ao ideal democrático pela mesma, mas contribui de forma significativa para a procura do judiciário. A difícil atuação parlamentar nessas matérias relacionadas a legitimação de direitos, o colide com a falta de iniciativa de proposições e seus desdobramentos são tidos como menos importantes que outras matérias relacionadas a vontade da maioria o que dessa forma possibilita a descrença de muitos no legislativo. Tal fato representa uma situação complexa na realidade desses grupos, pois, a sensação de confiança na instituição representante da população e palco legal do debate político é o mínimo para que se alcance um diálogo, o que na prática pelos diversos fatores que se repetem, retiram da comunidade a esperança de uma alteração do sistema político.

A consideração por muitos de que o legislativo brasileiro é improdutivo ressalta outro fator marcante na situação complexa das minorias, tal seja sua ineficácia. Consiste na premissa que o legislativo ao tratar dessas questões o faça de forma improdutivo e conseqüentemente a atividade legislativa pelos diversos argumentos apresentados não se configura eficaz ao lidar com a problemática.

A ineficácia legislativa ao tratar de certas questões é verificada por diversos fatores como a representação popular e a influência ainda persistente de dogmas religiosos, além de uma expressiva parte de parlamentares com posicionamento

similares travarem ou utilizarem da influência majoritária para restringir direitos de uma parcela da sociedade. É fato que posicionamentos divergentes são saudáveis no jogo político e assim será, porém esse debate se caracteriza injusto em muitas vezes para uma parcela minoritária, levando-se em consideração que o peso majoritário e os diversos acordos existentes prejudicam amplamente o direito legítimo de grupos que não possuem uma representação expressiva, o que caracteriza-se como entrave no debate de questões que envolvem minorias e a ruptura com o modelo conservador. O legislador ao tratar desses fatores, pela estrutura presente não o faz de forma correta ou na maioria das vezes se configura como omissor, diante das tantas barreiras que o sistema impõe.

É interessante perceber que o não reconhecimento e legitimação de direitos para esses grupos resultam em ainda mais exclusão. A vontade majoritária é um aspecto prejudicial ao se falar em reconhecimento da diferença, essa situação demonstra que a representação seria um reflexo da sociedade, dessa forma, acontece uma espécie de ciclo, este que consiste na falta de representação política e conseqüentemente falta de legitimação de direitos, mas a partir desse momento gera um retorno na problemática, ou seja, pela falta de regulação e legitimação de direitos uma não aceitação devida também entra em jogo e conseqüentemente a não representação, demonstrando assim uma ligação de fatores que resultam na situação complexa relacionada às minorias, configurando-se dessa forma como um ciclo vicioso de mais desigualdade.

Percebe-se que a negativa da construção de um debate político sobre questões sociais, ou que o mesmo se estabeleça de uma forma justa e conseqüentemente que o órgão responsável atue positivamente na relação de combate as diferenças, se configura em total desrespeito a princípios constitucionais referentes à liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, o que tem marcante influência na “fuga” desses grupos e não favorecem a democracia ideológica pretendida.

Dessa maneira ao se depararem com a situação verificada de ineficiência, incredibilidade e conseqüentemente ineficácia do legislativo, basicamente em referência a inércia legislativa ao não tratar desses aspectos, diversas minorias utilizam-se de outro cenário para a discussão de questões pertinentes as mesmas, como ocorreu na ADPF 132/ADI 4.277, além de outros exemplos, como a decisão relativa a fetos anencéfalos, também se constatou a alteração do local de debate

político, nesses casos é preciso entender que além das circunstâncias relativas já mencionadas ao legislativo, toda uma dinâmica de construção histórica é tida como razão desse fenômeno chamado de judicialização da política, esses já mencionados em momento oportuno por este trabalho, o que resultaram nessa realidade atual do protagonismo do poder judiciário e conseqüentemente desse enfrentamento institucional que deveria se estabelecer de forma harmônica, mas que, no entanto, o que se verifica muitas vezes é a usurpação de funções de um pelo outro.

É necessário perceber ainda que as conseqüências de tal decisão foram ampliadas no sentido de legitimação, mas também no sentido de alargamento da proposta inicial, é certo que estas conseqüências práticas são extremamente benéficas, mas causa uma dificuldade de entendimento para o meio jurídico e mais ainda para o leigo, ao se verificar que através de um julgamento utilizando uma interpretação conforme se chegou até uma resolução do CNJ e posteriormente a resolução de normas das diversas corregedorias em relação ao casamento civil e sua equiparação dos proclamas como todo casamento.

O que se diz nesse caso é que a proposta da ação era a união estável, mas poderia ser de forma direta o debate sobre o casamento, o que não teria tanta dificuldade em relação ao enfrentamento da parte literal como ocorreu com o artigo 226 §3º, talvez o receio maior fosse a repercussão social, mas dessa decisão por ter efeito erga omnes e ser vinculante se chegou a equiparação para todos os efeitos e posteriormente até a resolução do CNJ direcionada às serventias extrajudiciais e conseqüentemente alterações nos códigos de normas permitindo o casamento direto. E nesse ponto fica explícito a conseqüência em cadeia de tal decisão revelando ainda mais a criação de direito e ativismo judicial por parte do judiciário.

Nesse ponto, chega-se ao fato como constatado de uma resolução de conflitos pelo judiciário, este vem servindo como órgão responsável atualmente para dirimir questões complexas de uma sociedade atual que se configura plural. A problemática nesse aspecto, é que ao passo da resolução eficaz dessas questões, a sociedade se depara com uma insegurança e instabilidade que tal fenômeno pode propiciar. Ao mencionar a sociedade, imagina-se que, se esta se encontra vulnerável, pelos diversos argumentos apresentados, as minorias, se encontram em um patamar ainda mais difícil.

Nessa linha é verificada dois pontos específicos relacionados à temática, tal sejam, a ilegitimidade e Insegurança do Judiciário. Como verificado o intérprete

apesar de vir conseguindo estabelecer um debate e resolução de temas relacionados a grupos minoritários de forma benéfica, a exemplo, da decisão analisada, não se retirando a presteza e importância do mérito, a complexidade se baseia na ilegitimidade que a não utilização do “método” legal proporciona, ou seja, com o debate estabelecido no órgão legítimo para a discussão e atividade de legislar. Representando um perigo para toda a estrutura das relações institucionais e realçando o papel instável que a sociedade exerce ao ter suas soluções e debates estabelecidos nas mãos de onze homens que detêm e sobrepõe toda a responsabilidade de dirimir conflitos tão complexos e de importância inegável, no entanto os mesmos não detêm de uma característica tão singular e de extrema importância, tal seja a legitimidade democrática.

Dessa forma, ao se buscar a solução no judiciário em relação a temáticas tão complexas, que são basicamente discussões políticas, revela-se uma característica perigosa para a estrutura sócio-política. Nessa situação em específico foi um órgão técnico e não popular que estabeleceu a resolução e conseqüentemente, vale a ressalva que a mesma poderia ser como o foi, eficaz, mas também, poderia-se desenvolver uma surpresa desagradável, ressaltando ainda mais a vulnerabilidade das minorias e sua relação entre “bons” e “maus” ativismos.

Nesse sentido, é o que se verificou com os riscos de efeitos colaterais mencionadas por este estudo, além de uma situação de total insegurança com as matérias que envolvem a sociedade, conseqüentemente ao lidar com minorias o problema ainda é maior, pelas já mencionadas situações- problema na realidade dessas. A insegurança desse papel que o judiciário desempenha, pode ser constatada na abertura interpretativa e flexibilidade da Corte, nesse caso, o entendimento é que a postura da Corte conforme a variação de seus instituídos pode ser alterada, ressalta a complexidade da temática e o perigo em debates políticos que terminam criando direito se estabelecem. Aliado a esse aspecto consiste a própria insegurança jurídica que tal situação propicia e a realidade de alta vulnerabilidade em relação a decisão, que muitas vezes, pode se chegar a uma versão distorcida do texto legal.

Entende-se assim por todo o exposto que a situação das minorias se demonstra complexa e perigosa, no sentido de que toda essa problemática revela ainda mais a vulnerabilidade e instabilidade daquelas. A marcante situação é realçada ao se perceber que nesse caso a legitimação de direitos e garantias

fundamentais é inalcançada pelo legislativo ao passo que é insegura pelo judiciário. Compreender a importância da igualdade de uma harmonização social parece ainda da mais extrema dificuldade como entender o mesmo fator em relação às instituições.

A união entre pessoas do mesmo sexo ainda se configura como polêmico mesmo com o avanço no reconhecimento dessa, precisa-se entender que o fato social ocorre, cabe a legislação acompanhar essa alteração como em outros casos relacionados ao direito de família acompanhou, mesmo que de forma lenta, o reconhecimento eficaz dessas relações coaduna com todo um contexto constitucional, mas principalmente reflete a real necessidade de uma regulação da situação existente de forma latente e explícita na sociedade. Não se pode virar as costas para uma realidade contemporânea que rompe com o modelo conservador anterior, esse é mais um exemplo da adaptação e alteração da sociedade. Devendo o Poder legítimo para tal, submeter a alteração do texto legislativo, e adequar a lei ao momento atual, não deixando assim a interpretação baseada em específicas cláusulas gerais.

Sendo assim, verificou-se neste estudo essa postura ativista do judiciário, utilizando-se de uma decisão para demonstrar o conflito em relação às instituições e poderes. A interferência de prerrogativas e uma realidade de desarmonia entre os órgãos do poder. Gerando além de um embate institucional, que pelo verificado, não vem repercutindo em tanto desconforto pelo legislativo, como deveria, proporciona um perigo a sociedade, situação esta que a ciência política e o direito tentam lidar através de debates e posicionamentos na tentativa de entender os motivos desse fenômeno, processar e apontar possíveis soluções.

Concluindo, vale ressaltar que nos últimos anos, por quase a totalidade da doutrina, vem amadurecendo a ideia da necessidade de uma reforma política iminente, de forma ampla e que atenda a realidade atual, que possibilite a eficácia da missão que o Estado tem a responsabilidade de exercer ao lidar com questões problemáticas como as estudadas nessa pesquisa e, por conseguinte um alcance de um sistema político e ordem jurídica mais justa.

Em muitos casos se verifica um enlace na premissa positiva dessa conduta, atribuindo causas e aspectos referentes a necessidade de condutas ativistas, como a ineficiência legislativa e a própria abertura e significância constitucional, em muitos outros, verifica-se o argumento de resgate da importância legislativa e o risco de

uma postura ativista. O que se retira desse debate vai além de um posicionamento ou outro, vai na linha de compreender que o sistema geral precisa de reformas, nos dois órgãos tratados por esta pesquisa, não se pode basear em aspectos meramente formais, no entanto, não se pode ser ingênuo o suficiente para acreditar que o papel desempenhado pelo intérprete atualmente não explicita os riscos e o perigo que tal ação desempenha na sociedade.

Por fim, entende-se que por muitas vezes precisa-se repensar no papel que os instrumentos do poder vêm desempenhando, e sua relação com a sociedade. Ficar atrelado ao mero formalismo tradicional não se mostra suficiente, mas não se pode desenvolver uma relação entre as instituições com tamanhos desvirtuamentos. Deve-se ter uma harmonização não somente entre as instituições do poder, mas principalmente destas com a sociedade, e no caso das minorias, essa atenção deve ser ainda maior, levando-se em conta a sua situação. Precisa-se de uma ponderação de atitudes e um debate cada vez mais rico em relação a toda essa estrutura. O equilíbrio nesse aspecto parece o maior acerto, nesse caso, em direção às relações institucionais, e a igualdade e respeito de forma igualmente equilibrada na sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Esp. Tard. e introd. Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia: A questão do ensino religioso nas Escolas Públicas**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.
- ALVES, Fernando de Brito. **Para uma Fundamentação dos Direitos de Minorias em Tempos de Transição Paradigmática**. Dissertação. Centro de Ciências Sociais Aplicadas Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Orientador: Prof. Doutor Gilberto Giacoia 126f. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho 2009.
- AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. **A Produção Legislativa do Congresso: Entre a Paróquia e a Nação**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. VIANNA, Luiz Werneck. Organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002.
- ATAÍDE JR. Jaldemiro Rodrigues de. **A criação judicial do direito: segurança x justiça. Necessidade de releitura dos princípios**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8226>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Número 17, Salvador janeiro fevereiro e março 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- AZEVEDO. Álvaro Villaça. **União estável – antiga forma de casamento de fato**. BLA: Boletim Legislativo. Rio de Janeiro. v.29. n.21. jul.1995.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais, tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BLANCARTE, Roberto. “**O Porquê de um estado laico**”. In: LOREA, Roberto Arruda. (org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Identidade e Etnia**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986.

BRASIL. **Código civil**, 2002. 53. ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Dje nº198 Divulgação 13/10/2011 Publicação 14/10/2011 Ementário nº2607-3 **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277** Distrito Federal Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília (DF), 05 de maio de 2011, p. 611-615. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.026.981 – RJ** (2008/0025171-7) 2º Seção do STJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Recorrente: Severino Galdino Belo, Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil PREVI, Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.70007243140**. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 06/11/2003. Lex: CF-226 PAR-3 de 1988. CF-1 INC-III de 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n. 70003967676**. Referentes a Apelação Cível n. 599348562. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Relator para Acórdão: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 09/05/2003. Lex: CF-226 PAR-3 de 1988. CF-1 INC-III de 1988.

CAITANO, Adriana. Deputado liga negros a descendência amaldiçoada de Noé. **Veja online**, 31/03/2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/marco-feliciano-outro-deputado-contra-gays-e-negros>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, reimpressão 1999.

CASTRO, Gabriel; MATTOS, Marcela. Vinde a mim os eleitores: a força da bancada evangélica no Congresso, Brasília 23/03/2013. **Veja online**, Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/a-forca-dos-evangelicos-no-congresso>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

CASTANHEIRA, Neves. **A Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. VIANNA, Luiz Werneck, organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

EISENBERG, José. **Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil / Luiz Werneck Vianna, organizador. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002.

FERNANDEZ, Euzébio. **Anuário de derechos humanos**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos da Universidad Complutense de Madrid, 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6. ed. Ver. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUSSI, Evandro Herrera Bertone. **A Representação Política**. Tese Doutorado, USP. Direito do Estado 201p. Orien: Monica Herman Salem Caggiano. São Paulo, 2009.

HUOCO, Marco. **A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito**. In: LOREA, Roberto Arruda. (org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

IBOPE Inteligência, **ICS – Índice de Confiança Social 2013**. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB%2013_0963_ICs%20JUL%202013_Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 05 set. 2013.

KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System**. *Cardozo Law Review*, v.13, n.5, New York. 1992.

MARÉS, Chico. **Bancada evangélica seria 3.º partido da Câmara**. 21/04/2013. *Gazeta do Povo Online*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1365176>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOISÉS, José Álvaro. **Democracia e Confiança: Por que os Cidadãos Desconfiam das Instituições Públicas?**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas Eleitorais**. 5. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

OLIVEIRA, Emanoella Rodrigues Remigio de. **A Liberdade de Constituir Família como Direito Fundamental: A questão das Uniões Homoafetivas**. 2010. 152 f. Dissertação. (Mestrado em Direito). UNICAP. 2010.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Na defesa de uma democracia participativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3795>>. Acesso em: 13 nov. 2013. Apud, BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. **Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do Orçamento brasileiro**. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 45, n. 2. 2002.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Direito, Estado e Religião – a Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

PINHEIRO, Marina Brito. **Os dilemas da inclusão de minorias no parlamento brasileiro: A atuação das frentes parlamentares e bancadas temáticas no congresso nacional**. Universidade Federal de Minas Gerais Programa de Pós-Graduação em Ciência Política Nível Mestrado, 2010, p. 115. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD->

89GQ33/disserta__o_marina_brito_pinheiro.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 nov. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos**: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). Direitos Humanos. Volume I. Curitiba: Juruá, 2006.

PITKIN, Hannah. **O conceito de representação**. In: CARDOSO, F. H., MARTINS, C. E. (orgs.). Política e sociedade. São Paulo: Ed. Nacional, 1983.

QUEIROZ, Antônio Augusto. Conjuntura prejudicou produção legislativa neste ano. **Revista Consultor Jurídico**. 25 de dezembro de 2012 On line. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-25/retrospectiva-2012-conjuntura-prejudicou-producao-legislativa-neste-ano>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. **Ativismo Judicial**: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado. Dissertação UNICAP Mestrado em Direito. Recife, 2008.

ROUSSEAU, J.J. **Do contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **“O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado”**. In: LOREA, Roberto Arruda. (org.) Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. 2008, p. 191. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, O.A.B. **Processo e Ideologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o Pós-Positivismo Jurídico. **Revista Formandos Direito**. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. – Vol. 7, n.11 (jul/dez. 2007, p. 215). – Salvador: UFBA, 1996-2007 – Semestral ISSN: 1414-0101. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito.pdf#page=205>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13229>>. Acesso em: 20 de jan. 2014.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **Harmonia política**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1961.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. **Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva**. In: A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Tradução Luís Carlos Borges, revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. 248f. (Tese USP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, março de 2012. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../2/.../Joana_Zylbersztajn_TESE_Corrigido.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.