



SENADO FEDERAL

Instituto Legislativo Brasileiro – ILB

BRUNO TELLES HERKENHOFF D'ALCÂNTARA COSTA

**ATIVISMO JUDICIAL, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: O CASO
DO JULGAMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO
BRASIL**

Brasília - DF
2016

BRUNO TELLES HERKENHOFF D'ALCÂNTARA COSTA

**ATIVISMO JUDICIAL, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: O CASO
DO JULGAMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO
BRASIL**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Área de Concentração: Poder Legislativo, Sociedade e Instituições

Orientador: Prof. Msc. Rogério de Melo Gonçalves

Brasília/DF

2016

Bruno Telles Herkenhoff D'Alcântara Costa

**ATIVISMO JUDICIAL, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: O CASO
DO JULGAMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO
BRASIL**

Trabalho apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro – ILB, como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Legislativo. Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Prof. Msc. Rogério de Melo Gonçalves

Prof. Msc. Victor Marcel

Ao amor incondicional de minha mãe.

Agradecimentos

Primeiramente, a **Deus**, pela vida e pelos dons que me concedeu. Que eu possa, com serenidade e humildade, extrair do mundo e retribuir para a sociedade todas as oportunidades que me são oferecidas.

À **minha mãe**, âncora nas turbulências do oceano revolto da vida.

Ao meu caríssimo orientador, **Rogério de Melo Gonçalves**, sem cuja paciência, dedicação e profissionalismo não teria conseguido terminar esta pesquisa. Não posso deixar de expressar minha enorme gratidão à **direção e coordenação do Instituto Legislativo Brasileiro**, nas pessoas do **Professor Luís Bandeira** e de **Luciana Vilela**, bem como a todos os competentíssimos **professores e colegas de turma**. Sem dúvida, a troca que mantivemos, ao longo de todo o curso, é o maior legado que carrego.

Aos **amigos** que me encorajaram e me ofereceram suporte ao longo dessa gratificante experiência, meu muito obrigado.

Ao **Senador Ronaldo Ramos Caiado**, agradeço de maneira especial, pela confiança no meu potencial e pelo exemplo de coragem e de determinação na luta intransigente pela justiça e pelo fim dos desmandos na política, sobretudo neste ano emblemático de 2016, cujos desdobramentos políticos enriqueceram ainda mais as discussões em sala de aula.

A **Maria Nelma Gaburro**, por acreditar que, deste aprimoramento intelectual, advenham frutos para a minha atividade profissional.

A **Élida da Costa Silva**, pelo apoio incessante e compreensão da minha eventual ausência.

Ao **Doutor Fabrício Juliano Mendes Medeiros**, pelos ensinamentos e pelo valioso empréstimo de livros, sem os quais esta pesquisa não teria sido possível.

Por fim, agradeço a todos os **demais colegas do gabinete 21 da Ala Alexandre Costa**.

“(...) Nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.”

Carlos Ayres Britto

RESUMO

O ativismo judicial é fenômeno de que, cada vez mais, lança-se mão, no Brasil e no mundo, de ações com significativas implicações para a vivência democrática e para o exercício dos poderes constitucionais. A presente pesquisa debruça-se sobre essa temática, buscando analisar se, no caso da interpretação constitucional empreendida pela Suprema Corte brasileira no julgamento das ações constitucionais, cujo objeto era a extensão dos direitos próprios da união estável entre indivíduos de sexo oposto às uniões entre pessoas do mesmo sexo, houve violação do princípio democrático. Para tanto, valer-se-á da **teoria procedimentalista de interpretação constitucional** proposta por Hart Ely e do **modelo procedimental de democracia deliberativa** advogado por Habermas.

Palavras-chave: competência constitucional, separação de poderes, ativismo judicial, revisão judicial, interpretação constitucional, união homoafetiva.

ABSTRACT

Judicial Review is a phenomenon which, more and more, is becoming popular, both in Brazil and worldwide, posing significant consequences upon the democratic experience and the exercise of the constitutional powers. The present work focuses upon such a theme, aiming at assessing whether there has been a violation of the democratic principle in the case of the constitutional interpretation carried out amidst the decision of the law suits proposed before the Brazilian Federal Supreme Court, in respect to the extension of those rights belonging to the institute of stable union between heterosexual individuals to unions between individuals of the same sex. On that pursuit, we shall underpin our analysis with the theory of procedural constitutional interpretation proposed by Hart Ely and with the model of procedural democracy advocated by Habermas.

Keywords: Constitutional power, separation of powers, judicial activism, judicial review, constitutional interpretation, homo-affective union.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF 1988	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	18
1.1.1. Conceito de Ativismo Judicial	18
1.1.2. Origem do ativismo judicial: um pouco de direito estrangeiro.....	20
1.1.3. O ativismo judicial no Brasil: mudança na postura do STF.....	23
1.1.4. Interpretacionismo vs. não-interpretacionismo: as diferentes correntes sobre o tema	25
1.1.5. Quem detém a última palavra: o Legislativo ou o Judiciário?.....	29
1.1.5.1. Argumentos favoráveis à atuação das Cortes e de Juízes.....	30
1.1.5.2. Contra a representação eleitoral	33
1.1.5.3. Argumentos a favor dos Legisladores	34
1.1.5.4. Argumentos contra a Corte e os juízes	35
CAPÍTULO 2	37
2.1 Democracia, Constituição e considerações legais acerca da união estável homoafetiva no Brasil	37
2.1.1. Principais conceitos e visões acerca da democracia: o princípio democrático e a teoria da democracia deliberativa	37
2.1.2. O modelo substantivo de democracia deliberativa de John Rawls	39
2.1.3. O modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas.....	42
2.2. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J.H.Ely	46
CAPÍTULO 3	52
3.1 Histórico e considerações acerca da união estável homoafetiva no Brasil	52
3.1.1 O histórico da proposição da ADPF nº 123-DF e ADI nº 4.277-DF	52
3.1.2. A decisão do STF: o voto vencedor do Ministro Ayres Britto	54
3.1.3. A aplicação da teoria procedimentalista de interpretação constitucional de Hart Ely à disciplina da união estável homoafetiva levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal	58
CONCLUSÃO	62
BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a análise do ativismo judicial na disciplina da união estável homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, lançamos mão da teoria procedimental de John Hart Ely exposta principalmente em *Democracia e Desconfiança*,¹ para avaliar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 123-DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A questão do exercício de uma virtual função legiferante por parte do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro vem encontrando, nos últimos tempos, tanto receptividade quanto críticas por parte da sociedade, principalmente acadêmicos e operadores do Direito de uma forma geral.

Se, por um lado, alguns aplaudem o protagonismo do STF frente a uma suposta omissão do Poder Legislativo em exercer sua função precípua, outros vislumbram em tal comportamento verdadeira ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Em artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, edição do dia 12/07/2016, Ives Gandra da Silva Martins expõe posicionamento acerca da nova postura adotada pela atual composição daquela Corte, nos seguintes termos:

[...] sempre foi uma corte de legisladores negativos, ou seja, voltada a não dar curso às leis inconstitucionais, respeitando os Poderes políticos em sua função legislativa. De resto, foi o que ficou definido no artigo 103 da Lei Suprema – tanto que, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, quando o Congresso omite-se inconstitucionalmente, não pode a suprema corte legislar, mas apenas solicitar ao Poder Legislativo que produza a norma.²

E prossegue o autor, ao abordar os fatores que levaram a essa mudança na atuação da Corte: “a rápida mudança, todavia, de sua composição e a introdução da TV Justiça, que permitiu o acesso de círculos não jurídicos às discussões nos tribunais,

¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

² O papel do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2016/07/1790732-o-papel-do-supremo-tribunal-federal.shtml> . Acesso em: 12/07/2016.

tornaram o STF um protagonista além de suas próprias fronteiras, passando de legislador negativo para positivo.”³

Como exemplo dessa nova jurisprudência produzida pelo Excelso Tribunal, o jurista destaca:

Assim, legislou sobre fidelidade partidária, eleição de candidatos derrotados para substituir governadores afastados, alargamento de hipóteses de união estável para pessoas do mesmo sexo, instituição da impunidade para o aborto eugênico, culpabilidade sem trânsito em julgado, com encarceramento nas ações penais antes da decisão final, assunção de funções exclusivas do Legislativo para afastamento de parlamentares e definição de regimentos internos do Legislativo, quando o seu próprio regimento interno é intocável, além de outras intervenções normativas de menor impacto.⁴

A principal crítica tecida por Ives Gandra ao novo papel avocado pelo Supremo Tribunal Federal tem fulcro numa possível violação ao princípio da separação dos Poderes, constante do art. 2º da Lei Maior, o qual preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁵ Assim, argumenta:

Creio que esse protagonismo crescente resulta em insegurança jurídica e, ao invés de ser, como era no passado, uma corte que garantia a estabilidade das instituições, por mais que sua intenção seja essa, termina por trazer um nível de instabilidade maior, visto que contra a lei inconstitucional pode-se recorrer ao Judiciário, mas contra a invasão de competências não há a quem recorrer.

Apesar de reconhecer a pertinência na análise da questão pelo viés da potencial violação de referido princípio estruturante da atuação harmônica dos diferentes Poderes do Estado, não foi esse o enfoque escolhido para o desenvolvimento deste estudo. Na

³ O papel do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/07/1790732-o-papel-do-supremo-tribunal-federal.shtml>. Acesso em: 12/07/2016.

⁴ O papel do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/07/1790732-o-papel-do-supremo-tribunal-federal.shtml>. Acesso em: 12/07/2016.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

presente análise, pretendeu-se criticar a atuação da Excelsa Corte no julgamento da questão relativa à união estável homoafetiva sob a égide da ofensa ao princípio democrático, vale dizer, à própria ideia de *Democracia*. Para tanto, adotamos como paradigma o modelo procedimental de democracia deliberativa de Jürgen Habermas, discutido em capítulo próprio, mas cujas linhas mestras podem ser sintetizadas por meio da afirmação de que, “o contexto contemporâneo de complexidade e pluralismo faz com que a ‘fonte de toda legitimidade’ só possa repousar no ‘processo democrático de legitimação’, o qual garante condições equânimes de inclusão na deliberação”.⁶

Será, portanto, por meio desse olhar procedimental acerca da compreensão de *democracia*, entendida como palco em que se asseguram aos indivíduos condições procedimentais equânimes de participarem das decisões, que nos debruçaremos sobre o estudo das mencionadas ADPF nº 132-DF e ADI nº 4.277-DF, ações conexas que tramitaram no STF, cujo objeto consistiu no reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva.

A questão concernente à competência para proferir a última palavra em questões legislativas que supostamente violem a Constituição Federal configura problemática abordada por inúmeros teóricos modernos, a exemplo de Alexander Bickel, John Hart Ely, Bruce Ackerman, Ronald Dworkin, para ficar em alguns nomes. Sérgio Antônio Ferreira Brito⁷ leciona que

A grande questão que dominou os pensamentos dos professores e as discussões acadêmicas sobre o judicial review durante a primeira metade do século XX (podendo-se dizer, tranquilamente, que os debates continuam até os dias atuais) diz respeito à dificuldade contramajoritária enfrentada pela noção de controle judicial de constitucionalidade. Significa dizer que ocorreu um crescente processo de tomada, ou retomada, de consciência acerca do fato de o sistema admitir que juízes não eleitos democraticamente pelo povo pudessem invalidar as leis editadas pelos órgãos eleitos pela população para governar o país.

⁶ HABERMAS, Jürgen *apud* NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130.

⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

Como referencial teórico, elegemos a clássica obra de John Hart Ely intitulada *Democracia e Desconfiança*, na qual o constitucionalista expõe sua teoria procedimentalista de interpretação constitucional. Por meio dessa teoria, o autor defende uma forma de controle de constitucionalidade voltada para *questões de participação*, e não para o conteúdo material da escolha política levada ao crivo do Poder Judiciário, com vistas à afirmação dos direitos tutelados na Constituição, bem como daqueles direitos que são pré-requisito para a participação política e daqueles incluídos dentre os que a maioria controladora assegurou para si.⁸

Ao aplicar a teoria procedimentalista de Hart Ely à análise da jurisprudência do STF acerca da união estável homoafetiva, acreditamos ser possível oferecer uma crítica fundamentada à forma não criteriosa com que a Corte Suprema vem praticando o ativismo judicial, antecipando-se ao exercício legiferante por quem de direito, é dizer, o Poder Legislativo. É, com efeito, no Congresso Nacional, órgão representativo da sociedade, composto por membros eleitos em escrutínio popular e em sede do qual a democracia representativa-deliberativa, com todos os instrumentos a ela inerentes, encontra realização. Em consonância com os postulados elyanos, defendemos a ideia de que a manifestação judicial deve reservar-se ao resguardo de direitos e garantias indispensáveis à preservação de minorias propriamente ditas, vale dizer, à concessão ou manutenção dos instrumentos para que possam sobreviver com dignidade, buscando, por diferentes formas, contrabalançar o peso da maioria nos foros decisórios.

Aliás, essa é a opinião defendida por José Carlos Moreira Alves, o qual integrou a Corte Constitucional brasileira, por mais de 27 anos, consoante se depreende de matéria jornalística veiculada no sítio Migalhas⁹. Referida publicação informa que

Outra tese que foi fielmente seguida pelo STF de Moreira Alves era a de a Corte não criar ou indicar normas, caso o Congresso demore para aprovar leis. O tribunal simplesmente ultrapassou o semáforo dessa regra em 2007, quando decidiu que, na falta de aprovação pelo Congresso de uma lei sobre a paralisação do trabalho pelos servidores públicos, eles teriam de seguir a lei de greve do setor privado. No início deste ano, nova ultrapassagem quando o STF decidiu que, sem

⁸ FERRO, Ana Luiza Almeida Ferro. A Teoria Procedimentalista de Interpretação Constitucional de J. H. Ely. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, n. 17. Jan/dez.2010.

⁹ ALVES, Moreira. Carta não autoriza STF a criar norma, diz Moreira Alves. *Migalhas*, n. 4013, quarta-feira, 23/08/2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/466363>. Acesso em 24 de agosto de 2011.

lei para o aviso prévio, a própria Corte vai definir critérios para fixar um novo prazo para o benefício que será superior a 30 dias.

Ao comentar a nova postura normativa do STF, o experiente jurista afirmou, segundo o sítio mencionado, que “toda decisão judicial não deixa de ser no fundo a criação de um direito”, consistindo a novidade na **intensidade dessa criação**. Destacou, ainda, que o grande desafio da Suprema Corte é manter-se em um plano que seja razoável, contendo-se na criação de normas absolutamente novas em matéria de direito. Reconheceu tratar-se de tarefa difícil, sobretudo diante de questões muito populares, como união homoafetiva e cotas raciais¹⁰.

Lançando mão, portanto, do método dedutivo, buscamos comprovar a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao decidir, nos termos consignados por seus membros, a ADPF nº 123-DF e a ADI nº 4.277-DF exacerbou de sua atribuição legal, ferindo o princípio democrático, consoante a definição de Jürgen Habermas, e, ainda, desviando-se da teoria procedimentalista proposta por John Hart Ely.

Por fim, apenas para esclarecer um ponto derradeiro quanto à forma com que se trabalhou nesta pesquisa, é importante salientar que, muito embora as citações trazidas no corpo do texto se refiram, no mais das vezes, a autores citados em outras obras, não se descuidou, aqui, de ir direto à fonte primária, à obra original de autores clássicos como John Hart Ely, Robert Alexy, Alexander Bickel e Cass Sustein. A opção pela citação de autores que interpretam esses grandes mestres deve-se, única e exclusivamente, ao fato de julgar-se a releitura das obras como de mais fácil compreensão geral, por vezes, até mesmo deste jovem acadêmico.

¹⁰ Idem. “São questões constitucionais. No problema da união estável, a Constituição diz que é do homem com a mulher. Portanto, é preciso saber se é só essa união ou se há outras. O mesmo ocorre com as cotas: é preciso saber se é possível se afastar o princípio do mérito tendo em vista o problema das cotas raciais e até mesmo sociais. É um problema realmente delicado, pois daqui a pouco vai haver até para os brancos e para os não inteligentes”.

CAPÍTULO 1

1.1 Ativismo judicial

1.1.1. Conceito de Ativismo Judicial

Os ordenamentos jurídicos no mundo atual encontram-se segmentados em dois grandes sistemas: o da *civil law* e o da *common law*. Em um mundo integrado, prescinde-se de maiores argumentos para se ressaltar a importância do estudo do direito comparado, diante da influência recíproca que os sistemas exercem uns sobre os outros. Tratando-se do estudo do ativismo judicial, entretanto, essa análise comparada é essencial, já que a forma como se compreende o fenômeno será diferente, a depender do sistema em análise.¹¹

Caso se considere o conceito de fontes formais do direito, tal como o conjunto de atos com força normativa e eficácia direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e órgãos públicos incumbidos de dirimir os conflitos¹², não se pode classificar as decisões judiciais como fonte formal e direta nos ordenamentos pertencentes à família germano-romana (*civil law*). Nesses, a jurisprudência atua dentro de quadros previamente estabelecidos pelo Poder Legislativo. Já nos ordenamentos filiados à *common law*, a jurisprudência ocupa o posto de fonte primária, desempenhando uma decisão judicial dupla função: dirimir a controvérsia e gerar precedente¹³.

Elival da Silva Ramos leciona que, no sistema anglo-saxão,

Diante de um precedente, os órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional se comportam como o fazem os magistrados nos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou da lei: primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso [...] ; em segundo lugar, procede-se ao refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ele acoplada ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, do precedente (a técnica do *overruling*); finalmente, na hipótese de se assentar a imprestabilidade do

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saravia, 2010, p. 104.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

precedente para o caso *sub judice*, o juiz ou o tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common law*, no raciocínio análogo ou na equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de *civil law*, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adotada por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo.¹⁴

O ativismo judicial implica, em sua forma mais exacerbada, sobretudo no sistema da *civil law*, uma disfunção do exercício da função jurisdicional, que assume feições legislativas. A diferença de grau no que concerne à inevitável criatividade da função jurisdicional no sistema do direito romano-germânico e no sistema anglo-saxão explica porque, neste último, é muito mais difícil a caracterização do ativismo judicial, a ser repelida, em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, mas dentro dos limites do juridicamente permitido.¹⁵

Elival da Silva Ramos esclarece ainda que, quando se fala em ativismo judicial, faz-se referência não só à “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Sugere, portanto, “uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.¹⁶

Com olhar crítico sobre o fenômeno, o jurista argumenta que

Nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.¹⁷

¹⁴ Ibidem, p. 106.

¹⁵ Ibidem, p. 107.

¹⁶ Ibidem, p. 116-117.

¹⁷ Ibidem, p. 120.

Luís Roberto Barroso¹⁸, por seu turno, esclarece que

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nota-se, portanto, haver diferentes interpretações do próprio conceito de ativismo judicial, algumas pendendo para uma visão negativa, outras mais neutras. Para os fins do presente estudo, adotamos o conceito proposto por Barroso, acima transcrito, já que mais neutro e imparcial.

1.1.2. Origem do ativismo judicial: um pouco de direito estrangeiro

De acordo com Sérgio Antônio Ferreira Victor, a ideia de controle judicial de constitucionalidade das leis – *judicial review* – remonta à tradição anglo-saxônica da *common law*¹⁹. Segundo o autor, costuma-se fazer identificar a *common law* com o costume comum da forma como vivenciado pelos ingleses, afirmação que se torna possível a partir do século XII ou XIII. A antiguidade do costume e o seu compartilhamento pela comunidade seriam fundamentais para a determinação do que seria ou não uma prática enraizada, que constitui fonte do direito²⁰.

Durante a Idade Média, afirmava-se que o fundamento último dos direitos era o direito natural; entretanto, o *common law* privilegiava a razão artificial, a qual se

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

¹⁹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

atribuía aos juízes. Ainda, segundo Sérgio Antônio Ferreira Victor, a criação da *Curia Regis* (Corte Real), localizada em Westminster, bem como a instituição da justiça itinerante, ambas durante o reinado de Henrique II, foram fundamentais para a consolidação do sistema da *common law*.²¹

Conforme o autor em referência, com a eclosão da guerra civil inglesa, em 1642, houve a derrocada da Coroa e a instituição de um governo republicano, com Oliver Cromwell. A monarquia seria novamente restaurada após a morte deste e, em 1660, um novo conflito – a Revolução Gloriosa – colocaria fim ao poder absoluto do rei, submetido, agora, a um parlamento soberano. Essas limitações, assevera Sérgio Antônio Ferreira Victor, foram formalizadas no *Bill of Rights* inglês e no *Act of Settlement*, verdadeiros documentos constituintes do direito inglês. A legislação neles escorada não era passível de revisão, até a entrada do Século XXI²².

A prática da *common law* inglesa foi herdada, desde cedo, pelas colônias inglesas na América do Norte. Todavia, a prática da *judicial review*, tal qual compreendida hoje, remonta ao sistema constitucional norte-americano, sobretudo a partir do caso *Marbury v. Madison*.²³

Como nota introdutória, é preciso que se diga que a Constituição americana não franqueia expressamente, ao Judiciário, o poder de revisar a constitucionalidade das leis²⁴. Isso posto, passamos a analisar o caso *Marbury v. Madison* que, num certo sentido, pode ser considerado como o embrião de um Judiciário não meramente reproduzidor das teses legislativas.

Nos primeiros anos da República, a *judicial review* foi praticada nos Estados Unidos muito timidamente, sempre em relação ao direito estadual. Naqueles anos, o país encontrava-se politicamente dividido entre Federalistas, no poder desde a independência, e Republicanos. O primeiro presidente republicano eleito fora Thomas Jefferson. Nos derradeiros dias do governo federalista, o Congresso aprovou o *Judiciary Act*, que nomeava uma série de juízes federais pelo país, simpatizantes com os federalistas. Os republicanos, contrariados, aprovaram nova legislação que revogava as

²¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

²² *Ibidem*, p. 62, 63, 64.

²³ *Ibidem*, p. 76.

²⁴ *Idem*.

referidas nomeações, cujos nomeados haviam sido apelidados de “juizes da meia-noite”. Marbury era um desses, o que gerou uma contenda entre ele e o Secretário de Estado de Jefferson, Madison. O então juiz havia recebido a indicação do antigo presidente e a chancela congressual, mas sua posse ainda não havia sido formalizada por quem de direito. Impedido de ser empossado, Marbury apresentou questionamento perante a Suprema Corte, então presidida por Marshall²⁵.

Ao apreciar o caso, Marshall lançou quatro questões a serem respondidas: a primeira consistia em investigar se Marbury havia preenchido os requisitos para exercer o direito de tomar posse no cargo. A segunda, em analisar se o ordenamento oferecia remédio para reivindicar esse suposto direito. A terceira, em aferir se o remédio adequado era, de fato, o *writ* apresentado. E, por fim, em saber se a Corte, de fato, possuía competência originária para julgar o caso, ou se era competência de um juiz de instância inferior.

A Corte, conduzida por Marshall, chegou às seguintes respostas: Marbury detinha, sim, o direito à posse no cargo; o ordenamento, ao prever a existência de tais postos, não poderia eximir-se de oferecer instrumento legal para fazer observar tal direito; referido meio era, sim, o *writ*; mas, ao analisar a quarta indagação, o *Chief Justice* declarou a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que determinava que, questionamentos como este, fossem levados à Suprema Corte originariamente, mediante *writ of mandamus*²⁶.

A conclusão a que se chegou foi a de que a Constituição traz regra específica e restritiva quanto às competências originárias da Suprema Corte, e de que lei federal não poderia ampliar tais competências. Segundo se estatuiu, “permitir que o Congresso promulgue leis contrárias ao texto constitucional, sem que nada se possa fazer em relação a isso [...], seria fazer tábula rasa da própria Constituição e alçar o Poder Legislativo a uma real e efetiva onipotência”²⁷. Foi essa a primeira vez que uma lei federal restou declarada inconstitucional.

²⁵ Ibidem, p. 84.

²⁶ Ibidem, p. 88, 89, 90.

²⁷ Ibidem, p. 91, 92.

O Ministro Luís Roberto Barroso²⁸ leciona que, em um primeiro momento, o ativismo judicial teve um viés conservador. Nesse sentido, a Suprema Corte norte-americana deu amparo aos setores mais reacionários para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), chegando ao confronto entre Roosevelt e a Corte, do que sobreveio a mudança de orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). Foi apenas a partir da década de 1950 que a Corte passou a oferecer jurisprudência progressista em termos de direitos fundamentais (Corte Warren e Corte Burger), enfrentando questões como os direitos dos negros, das mulheres, da interrupção da gestação, entre outros.

1.1.3. O ativismo judicial no Brasil: mudança na postura do STF

A fluidez da fronteira entre *política e justiça*, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, não é privilégio brasileiro no mundo contemporâneo, conforme destaca o Ministro Luis Roberto Barroso²⁹, afirmação ilustrada com inúmeros exemplos pelo douto jurista. O caso brasileiro, entretanto, destaca-se pelo grande volume e pela extensão. Segundo o autor, concorrem para isso a nossa Constituição, a realidade política, os poderes conferidos ao STF, bem como o início da transmissão das sessões de julgamento pela TV Justiça. Todos esses fatores conferiram grande protagonismo decisório à Suprema Corte nos últimos tempos.

A judicialização, nas palavras do autor, significa “que algumas questões de larga repercussão política ou social vêm sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”³⁰, tem causas múltiplas. No Brasil, Barroso³¹ destaca a *redemocratização* como fator indissociável do fenômeno em apreço. O Judiciário, desde a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, deixou de ser departamento técnico-especializado para converter-se em verdadeiro órgão político. Reavivada a cidadania e refeita a

²⁸BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2013, p. 7.

²⁹ Ibidem, p. 1.

³⁰ Ibidem, p.3.

³¹ Idem.

composição do Supremo Tribunal Federal, mais demandas passaram a se socorrer do Judiciário que, por sua vez, passou a adotar uma posição mais ousada, ao proferir decisões.³²

Outra causa destacada pelo jurista³³ foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para o texto da Carta Magna uma ampla diversidade de assuntos antes relegados à lei ordinária ou mesmo aos órgãos políticos. Como consequência, o espectro de assuntos que podem ser objetos de ações judiciais tornou-se igualmente amplo.³⁴ A terceira e última causa elencada é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, nas palavras do hoje Ministro, um dos mais abrangentes do mundo, ao combinar aspectos tanto do sistema americano (incidental ou difuso), que franqueia a qualquer juiz afastar a aplicação de uma lei considerada inconstitucional, quanto do sistema europeu (concentrado ou em abstrato), que permite apenas aos sujeitos legitimados a propositura de ações diretamente perante o Supremo Tribunal Federal.³⁵

Como exemplo do vasto número de demandas apresentadas perante o STF nos tempos recentes, podem-se citar, ainda segundo Barroso³⁶: o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, a fim de permitir as pesquisas com células-tronco; o pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução nº7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, de modo a vedar o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário; o pedido de suspensão de dispositivos da lei de imprensa incompatíveis com a CF de 1988. No âmbito de ações individuais, manifestou-se a Corte acerca da quebra de sigilo judicial por Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), da demarcação da Área Índigena Raposa Serra do Sol e do uso de algemas³⁷.

Segundo Barroso³⁸, a *judicialização* é “prima” do *ativismo judicial*. A primeira pressupõe a inafastabilidade do Poder Judiciário, ou seja, uma vez levada uma demanda a esse Poder, não pode ele deixar de oferecer uma resposta. O ativismo judicial, por seu

³² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2013, p. 3.

³³ Ibidem, p. 4.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, p. 5.

³⁷ Idem.

³⁸ Ibidem, p. 6.

turno, é “uma atitude, a escolha de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance³⁹”.

Recentemente, o Judiciário pátrio vem-se mostrando, cada vez mais, ativista. Um primeiro exemplo colhe-se da análise da questão da *fidelidade partidária*, a qual configura hipótese de aplicação direta da Constituição quanto a tema contemplado em seu texto, independentemente de legislação ordinária. O STF, porém, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, criando, portanto, nova hipótese de perda de mandato parlamentar. Numa segunda ilustração, concernente à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do Congresso, o Supremo determinou a não aplicação das novas regras sobre coligações partidárias às eleições que se aproximavam, em razão do não exaurimento do período de um ano da aprovação das alterações. Por derradeiro, cumpre mencionar a imposição de conduta ou de abstenção a outro Poder relativamente à distribuição de medicamentos⁴⁰.

Todos os exemplos acima mencionados retratam verdadeira mudança quanto à postura tradicionalmente negativa adotada pela corte, dando lugar a uma atuação positiva nos tempos recentes, sobretudo após a redemocratização.

1.1.4. Interpretacionismo vs. não-interpretacionismo: as diferentes correntes sobre o tema

Em períodos diferentes da história, houve a primazia de diferentes escolas no que tange ao pensamento jurídico predominante. De acordo com Elival da Silva Ramos, o *positivismo liberal*, por defender a prevalência absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzia, sobremaneira, o exercício hermenêutico dos operadores do direito, limitado à quase aplicação mecânica da norma ao caso concreto. O espaço para o ativismo judicial era, portanto, claramente obstado, dando lugar, por seu turno, ao fenômeno do *passivismo judiciário*⁴¹.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem, p. 7, 8.

⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

Ainda, de acordo com Elival da Silva Ramos⁴², nos Estados Unidos da América “o passivismo está radicado nas duas variantes do chamado *interpretacionismo*: o *textualismo* e o *originalismo*.” Aquele, também denominado *literalismo*, determina que toda interpretação constitucional considere unicamente o texto da Carta Magna, devendo a corte maior apenas contrastar o enunciado questionado com o artigo da Constituição referenciado. Este, por seu turno, acrescenta ao texto constitucional, do qual não se afasta, a busca do significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto.

O não-interpretacionismo, o qual a Suprema Corte dos Estados Unidos abraçou com maior fidelidade, pode ser dividido, igualmente, em duas variantes: o *conceitualismo* e o *simbolismo*. Elival da Silva Ramos, citando o professor da *Cumberland School of Law*, Charles Cole, define o *conceitualismo* como “a teoria da interpretação constitucional que reconhece que a sociedade evolui e muda, e o significado da Constituição evolui de acordo com os conceitos básicos derivados (pela Corte) do próprio documento”⁴³. E se refere ao *simbolismo* “como uma teoria [...] que permite à Corte lançar mão das aspirações fundamentais da história e tradição norte-americana (qual definidas pela Corte) para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo”⁴⁴.

O texto constitucional, no conceitualismo, é elemento vinculante do trabalho do intérprete, e a criatividade exegética somente é admitida dentro dos limites da Constituição. É compatível, portanto, com uma teoria positivista de interpretação, a qual tem prevalecido, nos EUA, ao longo da história⁴⁵. Já o simbolismo afasta-se do positivismo para aproximar-se do *moralismo jurídico*, já que envolve o fortalecimento de valores que ultrapassam os já constitucionalizados pelos *founding fathers*⁴⁶.

Interessante notar, nas palavras de Elival da Silva Ramos, que

Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda prática judiciária que não se filie ao interpretacionismo é ativista,

⁴² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁴³ COLE, Charles apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, p. 131.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.131

⁴⁶ Ibidem, p.131, 132.

emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não-interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela *Hermenêutica contemporânea*. Para os interpretativistas, o passivismo judicial é que deve ser combatido, pois apenas uma interpretação evolutiva da Constituição teria permitido a sua sobrevivência durante duas centúrias, acomodando-se às profundas transformações sociais, econômicas e culturais experimentadas pelos Estados Unidos.⁴⁷

Elival da Silva Ramos⁴⁸ esclarece que o conceitualismo não seria propriamente ativista, já que respeitaria os padrões impostos pelo sistema constitucional. O simbolismo, por sua vez, não estaria na mesma categoria, pois é influenciado pelo objetivismo axiológico, fazendo apelo constante à “função ética do *judicial review*”⁴⁹.

Uma menção digna de nota refere-se ao fato de que o ativismo ideológico, na doutrina norte-americana, também possui gradações, “compreendendo desde aqueles que admitem a ultrapassagem das limitações normativas apenas em defesa das regras do jogo democrático (*procedimentalismo*)⁵⁰ até os que sustentam que a jurisdição constitucional deve ser amplamente ativista”⁵¹.

O positivismo pós-kelseniano permite ao juiz a criatividade própria ao processo de concretização normativa, porém impõe-lhe ater-se à natureza executória de sua função, decidindo dentro da moldura jurídica que circunda seus movimentos⁵².

Pode-se dizer, como observa Elival da Silva Ramos⁵³, que o *pragmatismo* e o *moralismo* desembocam, ambos, no ativismo judicial. O primeiro vê com ceticismo a possibilidade de contenção normativa da atividade judiciária e, portanto, libera o juiz para decidir de acordo com as necessidades sociais. Já o moralismo é presidido pela

⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Esta é a posição defendida por Hart Ely.

⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

⁵² *Ibidem*, p. 134.

⁵³ *Idem*.

ideia de que há uma ordem objetiva de valores fundamentais, atuando o juiz como “autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes odontológicas”.⁵⁴

Ronald Dworkin, pondera com acerto Elival da Silva Ramos⁵⁵, é um dos mais influentes representantes do moralismo, embora negue o filósofo norte-americano que sua teoria do *direito como integridade* conduza ao ativismo judiciário, por considerá-la mais inflexivelmente interpretativa do que o positivismo ou o pragmatismo. Segundo Dworkin,

o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.⁵⁶

Ronald Dworkin, esclarece Elival da Silva Ramos,⁵⁷ conceitua como *passivistas* todas as correntes do interpretativismo – *textualismo* e *originalismo* –, bem como as teorias não interpretativas fiéis ao positivismo – o *convencionalismo* de Hart e o *procedimentalismo* de Ely. O direito como integridade de Dworkin postula a existência de apenas uma solução hermenêutica correta, mesmo nos casos difíceis. O juiz, na sua teoria, não age, explica Elival da Silva Ramos,⁵⁸ meramente segundo sua consciência determina, hipótese que se adapta ao pragmatismo, mas guiado pela prática constitucional de um país que adote a visão de direito como integridade, no seu dizer, os EUA. Concebe, assim, uma ordem objetiva de valores calcada na história de uma dada sociedade. Ao formar o convencimento, o juiz deve lançar mão das leis, dos precedentes, da Constituição, mas haveria ainda outros elementos interpretativos, tais como: qualquer documento de valor histórico que seja portador das mesmas tradições, em favor de cuja manutenção se franqueia ao juiz a transposição dos marcos

⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135 .

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136.

⁵⁸ Idem.

estritamente jurídicos da atividade interpretativa. Essa é, conclui Elival da Silva Ramos, a marca ativista da teoria de Ronald Dworkin.⁵⁹

Por fim, merece menção a proposta de Miguel Reale no sentido de buscar-se uma conciliação entre *criatividade e obediência ao direito no plano da jurisprudência*, *in verbis*:

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 pertence⁶⁰.

1.1.5. Quem detém a última palavra: o Legislativo ou o Judiciário?

Quando se trabalha com a ideia de *ativismo judicial*, é preciso ter-se em mente que há, na literatura especializada, uma vasta gama de teorias, ora favoráveis à predominância do Poder Legislativo, ora do Poder Judiciário como *locus* decisório. Essa primazia de um ou de outro Poder está intimamente relacionada com a faculdade de proferir, em última instância, a palavra acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Conrado Hübner Mendes, ao abordar o tema, ensina que

Na literatura do direito e da política, juízes e legisladores são retratados de maneiras múltiplas e conflitantes, cada uma das quais

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136, 137.

⁶⁰ REALE, Miguel *apud* RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

produzindo óbvias consequências em como concebemos seus papéis, interpretamos suas ações e defendemos seus limites e legitimidade.⁶¹

Procurando sistematizar os argumentos a favor de um e de outro Poder, o autor não só apresenta os pontos que militam em prol de um, mas também aqueles que desmerecem a primazia do outro. Juntos, argumentos favoráveis a um e desfavoráveis a outro formam um arcabouço argumentativo que, no fim das contas, busca justificar a prevalência da última decisão.

1.1.5.1. Argumentos favoráveis à atuação das Cortes e de Juízes

O primeiro argumento apresentado pelo autor favoravelmente à atuação dos juízes e das Cortes refere-se ao papel desempenhado por eles na manutenção da democracia. Há, aqui, argumentos de duas espécies distintas: um mais identificado com uma visão *procedimental* e outro de caráter mais *substantivo*.

Os procedimentalistas fazem concessão à revisão constitucional quando está em jogo a preservação da competição política. Segundo Conrado Hübner Mendes, “preocupa a esses autores que as vias de expressão e canalização de projetos coletivos estejam bloqueadas a grupos isolados, que as possibilidades de mobilização e mudança estejam trancadas”⁶². A Corte norte-americana denominou tais grupos excluídos da participação de “minorias separadas e insulares”. Nesse sentido, “deve ser protetora de direitos civis e políticos inerentes à competição, ao funcionamento e à manutenção dos processos decisórios: liberdade de expressão, de reunião, de associação partidária, o direito ao voto.”⁶³

Dentro de uma abordagem *substantiva* do ativismo judicial, Conrado Hübner Mendes leciona que “a defesa da supremacia judicial abertamente ativista para a promoção de princípios de justiça criou duas eloquentes representações da Corte: o juiz

⁶¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 267.

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

‘Hércules’ e o ‘fórum de princípio’⁶⁴. Ronald Dworkin, aponta Hübner Mendes, é o grande expoente dessa visão. Dworkin afirma, segundo Hübner Mendes⁶⁵, que a busca do ideal democrático de igual consideração e respeito precede o procedimento majoritário, que não tem valor algum se não forem postas em prática as exigências daquele ideal. “Uma comunidade moral precisa existir para que a pura agregação de interesses, pela regra da maioria, possa demandar obediência.”⁶⁶

Para Dworkin, se concordamos que a democracia é compatível com uma instituição não-majoritária que toma decisões contra o legislador, não podemos parar no meio do caminho e separar alguns direitos em relação a outros, para evitar que o juiz tome decisões substantivas. O juiz que adere a essa possibilidade já tomou uma decisão moral prévia.⁶⁷

Um terceiro argumento, leciona Hübner Mendes⁶⁸, vislumbra na Corte o papel de **emissário do povo**, certificando-se de que o Poder Legislativo, ao editar normas, não desvia do rumo traçado pelo Poder Constituinte originário e reformador. Segundo Hübner Mendes, há duas formas de expressar essa ideia: a primeira, defendida por Bruce Ackerman, postula que o povo cria a constituição, com base no bem comum, o que denomina de *política constitucional*. Em seguida, o Poder Legislativo pratica a *política normal*, criando as normas no dia a dia. A missão da revisão constitucional seria prestar contas ao povo de que a política normal está em consonância com o espírito cívico impresso na Carta Constitucional; a segunda, enxerga o poder constituinte como uma forma de *pré-comprometimento*. “Trata-se de uma decisão racional que, num momento de serenidade, reconhece o perigo de que em momentos mais conturbados a comunidade política possa ser guiada por paixões e suprima direitos fundamentais dos indivíduos”⁶⁹.

Outra defesa da atuação judicial comumente propalada, segundo Mendes⁷⁰, encontra fundamento no fato de que, qualquer que seja a decisão prolatada pela Corte,

⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 67.

⁷⁰ *Ibidem*.

pode ela ser superada por meio da edição de emenda constitucional ou de uma nova Constituição, franqueando-se ao povo, sempre, uma via para se manifestar.

Há, ainda, em defesa da prevalência da vontade das Cortes, a noção de que a *supremacia judicial* é exigência do Estado de Direito. Este, concebido inicialmente como garantia contra a arbitrariedade do poder político, por meio da institucionalização de um *governo das leis*, passa, aos poucos, a incorporar elementos do *constitucionalismo*, lembra Hübner Mendes⁷¹. Por outras palavras, o objetivo estatal passa não só a ser velar pela não arbitrariedade, mas também, por meio da Constituição, propiciar certeza, segurança jurídica, capacidade de planejamento, gozo da liberdade. Se a Constituição subordina o poder político e é suprema, cabe ao Poder Judiciário assegurar que o Legislativo a observe. *Supremacia constitucional* passa a ser o mesmo, portanto, que *supremacia judicial*⁷².

Há, ainda, a ideia de que, sendo a Corte um agente externo, tem condições de julgar com imparcialidade o Legislativo, que não poderia julgar a si mesmo. Encara-se, ainda, o mecanismo da revisão judicial como um “veto”, como ferramenta indispensável para que, na dinâmica da separação de Poderes, um Poder possa limitar o outro, evitando o abuso. Somam-se a esses argumentos, ainda, a ideia de que a Corte, em razão de sua *expertise*, teria condições singulares para tomar decisões de certas naturezas. Assim, em lugar de uma visão meramente prospectiva, geral e abstrata, própria do Poder Legislativo, o Judiciário analisa a norma cotejando suas implicações com a realidade, decidindo caso a caso, de maneira incremental, priorizando uma metodologia *bottom up*⁷³. Ao atinar-se a questões de princípio, sem as pressões a que se submete o processo legislativo de produção da norma, a Corte teria, ainda, maiores condições para agir com isenção⁷⁴.

Atente-se, ainda, ao argumento de que, se a democracia deliberativa pressupõe não apenas o atendimento a cada interesse individual na sociedade, mas também um “sobrevoo” que permita contemplar o que é melhor para o conjunto dos indivíduos, logo a Corte, se não é capaz de representar cada indivíduo de forma singular, participa de um

⁷¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

⁷² *Ibidem*, p. 69.

⁷³ WALUCHOW *Apud* MENDES, 2008.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 76.

processo onde as razões de todos os indivíduos são ouvidas. Promove, assim, uma representação *deliberativa e argumentativa*. Ademais, promove um debate educativo, mais focado em princípios do que em disputas partidárias. A Corte, aliás, que integra o sistema democrático representativo, não está à margem dele, como querem alguns, além do que é composta por membros indicados por autoridades eleitas⁷⁵.

1.1.5.2. Contra a representação eleitoral

Aqueles que contestam a ideia de que o Parlamento é a “quintessência da democracia” começam a fazê-lo pelo resgate das origens históricas da instituição, representante, então, de um poder oligárquico, registra Hübner Mendes⁷⁶. Argumentam, ainda, que, dentro da dinâmica democrática-eleitoral, os direitos fundamentais não são tratados por parlamentares com estatura superior aos demais itens na pauta da barganha congressual diária⁷⁷. A atenção volta-se, dizem, aos interesses imediatos dos eleitores. Outros aduzem que o fato de a última decisão, por vezes, ser tomada por juízes e de que estes não se submetem ao processo eleitoral para serem nomeados não implica um afastamento imediato das decisões tomadas em relação ao povo.⁷⁸ A isso se soma a afirmação de que o parlamento está envolto em uma rede de “constrangimentos institucionais incontornáveis”: comitês, hierarquia partidária, poder de agenda etc.⁷⁹

Há também o fato de que a regra da maioria promove, quando muito, uma *igualdade formal*. Dentre os votantes, há interesses diversos, de modo que um projeto pode atender plenamente aos interesses de uns, mas despertar em outros absoluta indiferença. Demais disso, a ordem da votação pode influir no resultado. Este, por sua vez, não é produto simplesmente de uma escolha binária. Há, no processo, composição de interesses, não podendo falar-se apenas em maioria e minoria⁸⁰.

⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 77.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 82, 83.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 83, 84.

1.1.5.3. Argumentos a favor dos Legisladores

Conrado Hübner Mendes⁸¹ lembra que os defensores da última decisão pelos Parlamentos argumentam que a relação do Legislativo com a democracia é mais natural. Isso em razão da *representação eleitoral* – que replica em menor proporção o povo – e da *regra da maioria* – que promove a igualdade. Hübner Mendes⁸² explica que, revendo sua teoria, Jeremy Waldron passou a admitir a possibilidade de revisão judicial, em situações excepcionais, atípicas, em que falte qualquer um dos seguintes elementos: (i) instituições democráticas em bom funcionamento; (ii) instituições judiciais não-representativas em bom funcionamento; (iii) um compromisso genuíno da maioria da sociedade com a ideia de direitos; (iv) um persistente desacordo de boa-fé sobre direitos⁸³.

Para Hübner Mendes, é corrente a ideia de que o Parlamento representativo é o mais próximo que se tem do ideal de democracia nos Estados modernos (“*second-best choice*”), ao passo que alguns o enxergam, mesmo, como um aperfeiçoamento da democracia direta (“*first-best choice*”). Aduz-se que o que determina o aspecto democrático é a capacidade de cada eleitor de escolher a melhor opção para si, dentre os competidores que disputam votos. Argumenta-se ainda que o Parlamento está, em relação à Corte, em posição privilegiada no concernente à capacidade de obter informações, avaliações técnicas, firmar compromissos etc. Alguns autores enxergam na defesa da revisão judicial um eco de antigos preconceitos antidemocráticos⁸⁴.

Em defesa da regra majoritária da legislação, argumenta-se que as credenciais majoritárias permitem a cada participante igual peso na decisão. A legitimidade da decisão será aferida conforme a sua compatibilidade com o princípio de justiça, e não com o fato de estarmos ou não convictos com ela⁸⁵.

⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

⁸² Idem..

⁸³ Ibidem, p. 87.

⁸⁴ Ibidem, p. 91.

⁸⁵ Ibidem, p. 92.

1.1.5.4. Argumentos contra a Corte e os juízes

Contra a Corte, argumenta-se que ela não está *fora da política*, e que não se pode negar aos legisladores a faculdade de imprimir a justiça nas decisões, como se isso fosse algo exclusivo da Corte.⁸⁶ Além disso, acusar o Legislativo de praticar a “tirania da maioria” simplesmente porque a maioria decidiu de uma forma, é algo questionável, já que é possível que, naquele caso, a minoria não tenha mesmo razão ou o direito que julga ter. Ao expor esses argumentos, Hübner Mendes lembra que julgar que a Corte é emissária do poder constituinte é outra falácia, segundo os defensores do Legislativo, uma vez que a vontade democrática não se manifesta em um só momento, por meio dos constituintes⁸⁷.

Chama-se a atenção,⁸⁸ na defesa do Parlamento como *locus* decisório, para o fato de que a revogação de uma lei pela Corte gera distorção na política pública intentada pelos legisladores, fruto do processo decisório dessa instância política. Ataca-se o argumento de que a Corte estaria mais bem preparada para proferir decisões conforme a realidade fática com a afirmação de que o Legislativo leva, sim, em consideração uma gama de situações reais ao deliberar acerca de um projeto, além do que estaria mais bem municiado de informações técnicas sobre o assunto em pauta.⁸⁹ Aliás, argumentam não ser possível relegar questões de princípio à *expertise*, já que tais questões não dão origem a batalhas técnicas e científicas, mas trata-se de disputas normativas e ideológicas, as quais o Legislativo está igual e moralmente preparado para enfrentar⁹⁰. O insulamento da Corte pode, inclusive, ser desfavorável à produção de uma decisão moralmente aceita pelo povo. Vistos como elitistas, os juízes oferecem uma linguagem que se distancia do povo, por ser verborrágica e presa a uma retórica adversarial.⁹¹ Em que pese serem indicados por autoridades escolhidas

⁸⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 92 a 97.

⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Idem*.

democraticamente, é inegável o déficit de legitimidade da Corte *vis à vis* o Poder Legislativo.⁹²

⁹² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 98 a 101.

CAPÍTULO 2

2.1 Democracia, Constituição e considerações legais acerca da união estável homoafetiva no Brasil

2.1.1. Principais conceitos e visões acerca da democracia: o princípio democrático e a teoria da democracia deliberativa

Ao abordar o tema da democracia, não há como escapar à compreensão do que vem a ser o *princípio democrático*. Esse constitui importante baliza no estudo da legitimação do Direito. Cláudio Pereira de Souza Neto é de enorme clareza, ao expor a importância e as vantagens de se colocar o princípio democrático como paradigma:

Uma das funções cruciais dos princípios é justamente estabelecer critérios para a interpretação das demais normas constitucionais. É nesse sentido que se fala de eficácia ‘interpretativa’ e ‘irradiante’ dos princípios constitucionais. [...] o princípio democrático pode oferecer elementos para se operar uma ‘reconstrução interpretativa’ dos aspectos nucleares do nosso Sistema Constitucional. [...] o recurso ao princípio democrático permite que não se recaia em proposições nem metafísicas, nem meramente relativistas ou contextualistas; além disso, enseja uma abordagem mais direta dos problemas relativos à legitimação dos poderes do estado. Em um contexto de pluralismo, caracterizado por uma variedade de concepções acerca do bem, não é mais possível fornecer um fundamento último, de validade universal, para princípios de justiça, e nem, tampouco, recorrer a valores comunitários, já que estes são extremamente controversos em nosso contexto; a legitimação do conteúdo das normas jurídicas só pode ser remetida à própria vontade dos que são por elas governados. Daí a importância do princípio democrático: ele permite evitar controvérsias sobre a legitimação do direito que são incontornáveis quando se recorre a princípios suprapolíticos universais ou a valores políticos particulares.⁹³

Buscamos adotar, no presente trabalho, a teoria deliberativa habermasiana na forma como apresentada por Cláudio Pereira de Souza Neto, como norte para a aferição da legitimidade da atuação da Suprema Corte na análise da constitucionalidade de

⁹³ NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 97.

institutos jurídicos no Brasil, tais como a união estável homoafetiva, carecedora de legislação específica em nosso ordenamento.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto,

O principal aspecto dessa teoria repousa na compreensão de que a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes: assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada, como tem ocorrido em nossa história recente. Para a perspectiva democrático deliberativa, a democracia envolve, além da escolha de representantes, também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a *res pública*. Se determinada proposta política logra superar a crítica formulada pelos demais deliberantes, tal proposta pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional.⁹⁴

Nesse ponto, cabem importantes ressalvas oferecidas pelo autor. Afirma Cláudio Pereira de Souza Neto que, para que a deliberação possa promover a *legitimação* e a *racionalização*, deve realizar-se em um contexto aberto, livre e igualitário, em que todos possam participar, livres de coerção moral ou física, e em que detenham iguais possibilidades de influenciar e persuadir. Esses requisitos são institucionalizados por meio do *Estado de Direito*, que, portanto, configura um *elemento do princípio democrático*

Se o Estado de Direito é condição da democracia, não há verdadeira democracia sem respeito, p. ex. aos direitos fundamentais, razão pela qual, quando as cortes constitucionais os concretizam contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização⁹⁵.

Nota-se, portanto, que dentro da construção apresentada pelo jurista, não se nega a possibilidade de que a Corte reveja, dentro de condições específicas, a constitucionalidade de medidas adotadas por outros Poderes. Mas, a *contrario sensu*, se

⁹⁴ NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

⁹⁵ Idem.

não há ofensa a quaisquer dos requisitos elencados por ele para a configuração da tranquilidade democrática, a atuação da Corte, por meio da revisão constitucional, não merece acolhida.

Analisaremos dois modelos de soberania deliberativa, inspirados, respectivamente, nas obras de John Rawls e Jürgen Habermas: o que concebe a deliberação como processo de aplicação de princípios de justiça e, por conseguinte, fornece uma visão *substantiva de democracia deliberativa*; e o que compreende dever a deliberação estar aberta quanto aos resultados, tendo como únicas restrições suas próprias condições procedimentais, constituindo um *modelo procedimental de democracia deliberativa*⁹⁶.

2.1.2. O modelo substantivo de democracia deliberativa de John Rawls

Ideia central na teoria substantiva de democracia deliberativa formulada por John Rawls consiste no que se denomina “razão pública”. A *justificação* das decisões políticas tem um papel central para a democracia deliberativa. Constitui preocupação central, portanto, definir quais argumentos podem, legitimamente, ser empregados para esse fim. Para Rawls, entretanto, a razão pública não se restringe ao estabelecimento de regras de argumentação, mas abrange também princípios substantivos de justiça⁹⁷.

Por meio da ideia de *posição original*, Rawls resgata o contratualismo como discurso de justificação válido. Para o autor, o homem é um fim em si mesmo, não podendo servir como *meio* para o alcance do bem-estar da comunidade. “O artifício da posição original tem justamente o objetivo de simular um ambiente ideal de deliberação que permita a justificação de princípios de modo que todos, e não só a maioria, tenham boas razões para apoiar⁹⁸”.

Nessa concepção, as pessoas – morais, livres e iguais – são submetidas ao *véu da ignorância* na integridade do procedimento deliberativo. As partes, nesse plano ideal,

⁹⁶ NETO, Claudio Pereira de Souza. Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.111.

⁹⁷ Ibidem, p. 99.

⁹⁸ Idem.

tomariam o que Rawls denominou de “decisão maximin”, de modo que, havendo uma pluralidade de opções, “tende-se a escolher aquela cujos piores resultados são melhores que os possivelmente decorrentes das demais opções, isto é, trata-se de uma decisão prudente.”⁹⁹

Em seguida, os princípios de justiça são submetidos a um segundo procedimento, chamado de “equilíbrio reflexivo”, no qual serão solucionadas eventuais colisões entre os princípios. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, Rawls formula, então, dois princípios de justiça informadores da estrutura básica da sociedade:

1º princípio: ‘Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.’

2º princípio: ‘As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.’¹⁰⁰

Rawls formulou, ademais, regras de prioridade para a aplicação desses princípios, conforme esclarece Cláudio Pereira de Souza Neto:

1ª regra de prioridade (a prioridade da liberdade): ‘Os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, as liberdades básicas só podem ser restringidas em favor da liberdade. Existem dois casos: a) uma redução da liberdade deve incrementar o sistema total das liberdades partilhadas por todos; b) uma liberdade desigual deve poder ser aceita por aqueles que têm menos liberdade.’

2ª regra de prioridade (A prioridade da justiça sobre a eficiência e sobre o bem-estar): ‘O segundo princípio de justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos: a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades; b) uma taxa excessiva de

⁹⁹ NETO, Claudio Pereira de Souza. Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

¹⁰⁰ Ibidem, p.101, 102.

poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo.¹⁰¹

Ressalte-se que Rawls não propõe um retorno ao jusnaturalismo; os princípios de justiça que postula são aqueles que seriam formulados por pessoas morais, livres e iguais. “Os princípios não são dados objetivos, mas criações humanas, conquanto racionais, visto que levadas a cabo de acordo com um procedimento racionalizador.”¹⁰² Rawls denomina essa proposição de *construtivismo*.

Razão pública, para Rawls, é “aquela que caracteriza a argumentação política que tem lugar em uma democracia constitucional ‘bem ordenada’, e o seu objeto é o ‘bem público’ (ou bem comum), entendido como o que se pode legitimamente esperar da estrutura básica da sociedade”¹⁰³. Opõem-se a ela as *razões não públicas*, que são aquelas próprias de associações (igrejas, sociedades científicas etc), aplicando-se, apenas, ao seu conjunto. A razão pública deve prevalecer nos fóruns públicos decisórios e quando os cidadãos votam em eleições nas quais elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em pauta. Podem os cidadãos votar conforme suas visões mais abrangentes quando estas questões essenciais não estiverem em jogo, segundo o autor norte-americano.

Cláudio Pereira de Souza Neto pondera que Rawls destaca a *razoabilidade* (um certo senso de justiça) e a *racionalidade* (capacidade de adotar uma concepção particular sobre um tema) como atributos essenciais da deliberação. É o senso de justiça dos cidadãos que os orienta no processo de estabelecimento dos princípios que informam a estrutura básica da sociedade, que faz com que as mais diversas doutrinas possam convergir no tocante às questões políticas básicas, conformando o “consenso sobreposto”¹⁰⁴.

A razão pública implica, portanto, uma ideia de reciprocidade (agir como achamos que os outros também agiriam), e, por conseguinte, entabula um diálogo sobre

¹⁰¹ NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

¹⁰² Ibidem, p. 99 e 105.

¹⁰³ Ibidem, p.99 e p.112.

¹⁰⁴ Ibidem, p.117.

questões políticas fundamentais, tendo em vista o bem-comum e não a mera justaposição de interesses privados¹⁰⁵.

Diferentemente de um *modelo procedimental*, o modelo substantivo de Rawls acoberta, em seu âmbito de proteção, as *liberdades não políticas, a igualdade de oportunidades* e a *distribuição justa de recursos sociais*¹⁰⁶.

Quando não estão em jogo elementos constitucionais essenciais e princípios básicos de justiça, o autor admite que as maiorias parlamentares decidam de acordo com determinada doutrina abrangente, e não com base na razão pública. O mesmo não se pode dizer da jurisdição constitucional. Aos juízes não é dado decidir com base em suas convicções particulares, devendo sempre recorrer à razão pública.

Concluindo esse raciocínio, pode-se afirmar que a Corte Constitucional “harmoniza-se com a ideia de democracia constitucional dualista”¹⁰⁷. Aplicando a razão pública, a Corte evita que a legislação da maioria transitória prevaleça. Mas ao Judiciário só seria dado atuar quando estivesse em cheque o primeiro princípio de justiça, relativo às liberdades básicas. Assim, o *mínimo social* proposto por Rawls, a ser garantido a todos, não seria protegido em nível da Corte constitucional, mas no plano do Legislativo, já que se vale do segundo princípio – o da *diferença*. Posteriormente, Rawls desloca o mínimo social para o primeiro princípio, de modo a estender a esse rol de garantias essenciais também a proteção constitucional, bem como o faz em relação às *igualdades equitativas de oportunidade*¹⁰⁸.

2.1.3. O modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas

¹⁰⁵NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.117.

¹⁰⁶ Idem, p. 119.

¹⁰⁷ ACKERMAN, Bruce apud NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.112.

¹⁰⁸NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

Jürgen Habermas propõe um modelo que preconiza um contexto ideal de comunicação, que abranja todos os participantes do processo comunicativo em condições de *igualdade* e de *liberdade*. A *esfera pública* é apresentada como espaço em que as expectativas normativas que emergem da vida são racionalizadas pela comunicação, “passando então a legitimamente ostentar a pretensão de permear o processo decisório que tem lugar no âmbito estatal”¹⁰⁹.

Para Habermas, a deliberação deve estar aberta quanto aos resultados, isto é, não se investiga a legitimidade do conteúdo da decisão. A análise dos princípios dá-se no curso do próprio processo decisório. Por tal razão, “a maioria só está impedida de tomar decisões que impliquem a corrosão das condições procedimentais da própria democracia, as quais foram historicamente sintetizadas pelo estado democrático de direito”, explica Cláudio Pereira de Souza Neto¹¹⁰.

Para Habermas, a democracia depende de um contexto de liberdade e de igualdade, as quais são asseguradas em um ordenamento onde vige o Estado de Direito. É esse arranjo institucional que garante que a minoria possa participar do debate sobre as decisões políticas, e é o embate entre argumentos e contra-argumentos que racionaliza o processo decisório democrático. Sem liberdade e igualdade, as quais são asseguradas pelo Estado de Direito, não há debate legítimo¹¹¹.

Diferentemente de Rawls, Habermas considera que, numa sociedade complexa e plural como a dos dias atuais, não se pode propor um modelo escorado em uma *concepção material de igualdade*, pois seria incapaz de dar conta das expectativas normativas diversas. Como consequência, “a fonte de toda legitimidade” só pode repousar no processo democrático de legiferação, que assegura a todos condições equânimes de deliberação na arena pública. Deve haver o que o autor denominou de “consenso procedimental”, de modo que, respeitado tal consenso, pode-se chegar a qualquer resultado nas deliberações políticas. O produto da deliberação, portanto, perde

¹⁰⁹ NETO, Claudio Pereira de Souza. Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127.

¹¹⁰ Ibidem, p. 128.

¹¹¹ Ibidem, p. 130.

importância, diante do respeito às condições procedimentais para um *debate legítimo*. Este só pode ser limitado em favor da garantia da sua *continuidade e integridade*¹¹².

Para Habermas, a razão centrada no sujeito dá lugar à *razão comunicativa*. Prioriza a força cogente do *melhor argumento*, no lugar do sujeito. Habermas baseia sua ética do discurso no *princípio da universalização*, segundo o qual “toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que resultem de sua observância universal, para satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos”¹¹³. Excluem-se, portanto, da argumentação moral-prática conteúdos não-universais e particularistas.

O que garante a racionalidade dos resultados obtidos pela interação comunicativa é o respeito às condições procedimentais que a balizam. Estas instauram uma comunicação livre de qualquer tipo de coação ou violência, além de igualitária e aberta a todos. Essas condições procedimentais são convertidas por R. Alexy, a partir do princípio ‘D’, nas seguintes regras do discurso prático:

- 1) Todo falante pode participar do discurso.
- 2) a) todos podem questionar qualquer asserção.
b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades
- 3) nenhum falante pode ser impedido através da coação dentro ou fora do discurso de exercer os direitos estabelecidos em 1 e 2.¹¹⁴

A vantagem do modelo de Habermas é que ele não pressupõe uma ética partilhada por todos os membros da comunidade política, uma “república de anjos falantes”. É o próprio diálogo, a troca de ideias, expostas à crítica pública, que assegura a correção dos resultados.

¹¹² NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 130.

¹¹³ HABERMAS *apud* NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139.

¹¹⁴ ALEXY, Robert *apud* NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 Importante esclarecer, porém, que se deve atentar às significativas diferenças existentes entre as ideias de Habermas e Alexy. O que se deduz, do trecho citado, é a intenção de Neto de buscar um ponto de tangência entre os dois autores clássicos, no que concerne à defesa de uma teoria deliberativa procedimental.

Por fim, é interessante notar o quadro de direitos fundamentais que emergem do modelo procedimental de Habermas:

- 1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.
- 2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito.
- 3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.
- 4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.
- 5) Direitos fundamentais e condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).¹¹⁵

Nunca é demais reiterar que, no modelo procedimental de Habermas, a deliberação é aberta quanto ao *conteúdo*, mas referido conteúdo será racional se a deliberação se der mediante a observância de suas condições procedimentais, conforme elencadas¹¹⁶.

Por fim, salientamos que, no presente estudo, adotamos o modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas, o qual, no nosso sentir, é o mais adequado para uma aferição da legitimidade das decisões políticas adotadas na sociedade plural e diversificada na qual estamos inseridos hodiernamente. Ademais, acreditamos que esta visão de democracia se coaduna com a teoria procedimentalista de interpretação constitucional de Hart Ely, a qual servirá de base para a análise da situação fática analisada, qual seja, a regulamentação da união estável homoafetiva no Brasil por meio de decisão proferida pela Suprema Corte brasileira. Este será, portanto, o próximo assunto a ser tratado neste estudo.

¹¹⁵ NETO, Claudio Pereira de Souza. Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146.

¹¹⁶ Ibidem, p. 147.

2.2. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J.H.Ely

A questão referente à atuação do Poder Judiciário, no que se refere à ocupação de espaços ou vácuos deixados pelos Poder Legislativo, tem dado ensejo a um vasto debate doutrinário. Como bem colocado por Ana Luiza Almeida Ferro, grandes nomes como Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, John Rawls, Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros, debruçaram-se sobre o assunto. Dentre essa constelação de autores, o nome de John Hart Ely é mais uma estrela, detentora de brilho próprio, “cuja teoria de controle jurisdicional oferece importantes contribuições às temáticas da relação entre o Direito, a Política e a Justiça e da relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem assim da moderna interpretação constitucional [...]”.¹¹⁷ Sua teoria procedimentalista de interpretação constitucional, a ser abordada nas linhas seguintes, será a base para a análise da questão-chave do presente estudo: a análise da decisão do STF acerca da regulamentação da união estável homoafetiva no Brasil.

John Hart Ely propõe uma forma de controle de constitucionalidade voltada para questões de *participação*, e não para o conteúdo substantivo da decisão política analisada. Na concepção do autor, a Corte deve proteger “direitos identificados com alguma especificidade na Carta Constitucional como habilitados à proteção, em especial direitos de acesso político e direitos de igualdade”¹¹⁸.

Procedimentalista, a teoria elyana sempre busca a autoridade do texto constitucional, para a afirmação pela Suprema Corte dos direitos lá encontrados, dos que são pré-requisitos para a participação política e dos que estão incluídos entre aqueles que a maioria controladora garantiu para si. Por meio de sua teoria, o autor oferece às Cortes um caminho próprio a seguir para a proteção dos direitos assegurados a todos, sobretudo os de *acesso e participação política* e os *direitos de igualdade*¹¹⁹.

Hart Ely começa a expor sua teoria discutindo o *interpretacionismo* e o *não-interpretacionismo*. Conclui o debate sobre as duas correntes mostrando não ser

¹¹⁷ FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimental de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luís, n. 17, jan/dez 2010, p. 14.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 14.

favorável nem ao interpretacionismo restrito a dispositivos constitucionais como unidades contidas em si mesmas nem ao não-interpretacionismo que se vale dos valores presentes na sociedade, já que, no seu entender, nem uma nem outra teoria propõem respostas satisfatórias para os problemas relativos ao constitucionalismo moderno¹²⁰.

Identificando a corte Warren como origem da sua teorização, John Hart Ely afirma que o trabalho promovido por ela teve o mérito de focar não os julgamentos de valor legislativos, mas proteger a forma como o processo democrático se desenvolve, evitando que seja dominado ou que se torne instrumento de um segmento privilegiado da sociedade.¹²¹

Corolário da igualdade, questões públicas devem geralmente ser decididas pelo voto majoritário dos indivíduos ou de seus representantes, salvo em determinadas situações, como:

- a) Quando a maioria das pessoas vota para excluir outras tantas pessoas do processo ou, de outra maneira, para diluir a influência delas no dito processo;
- b) Quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e outro, menos favorável, para uma outra maioria; ou
- c) Quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes (e vulneráveis, conforme a opinião da maioria), de forma que os legisladores decidem, por voto supermajoritário, nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torna-los imunes à retirada por algo inferior a um voto supermajoritário similar no futuro.

Mesmo nas referidas hipóteses, John Hart Ely, não haveria uma licença para os juízes criarem ou descobrirem mais direitos, não justificados pelas exceções ‘a’ e ‘b’ ou constitucionalizados por uma supermaioria. A determinação de valores compete aos representantes eleitos do povo, não aos juízes, os quais somente devem intervir diante de funcionamento deficiente do processo democrático¹²².

Criticando o interpretativismo estrito, John Hart Ely argumenta que na Constituição há dispositivos que apresentam uma certa amplitude de sentido, cujo

¹²⁰ FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimental de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luís, n.17, jan/dez 2010, p. 14.

¹²¹ *Ibidem*, p. 17.

¹²² *Ibidem*, p. 19.

conteúdo não se determina com base apenas na linguagem do texto ou na história legislativa que presidiu sua origem¹²³.

No entender de Hart Ely, as Cortes devem proteger os direitos designados com alguma especificidade na Constituição, como habilitados à proteção. Quando o dispositivo da Carta Constitucional apresenta abertura de sentido, há duas respostas propostas: a primeira consiste na necessidade de que a Corte proteja *direitos de acesso político*, como: o direito ao voto, a concorrer à eleição, a organizar-se politicamente, a expressar-se, entre outros; a segunda, consiste em certo *direito de igualdade*, ou seja, direito de que as minorias não sejam tratadas por um conjunto de regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si¹²⁴.

A esse respeito, esclarece Hart Ely que

o princípio da representação que jaz no cerne de nosso sistema exige mais que o simples direito a voz e voto. Por mais aberto que seja o processo, aqueles que obtêm maior número de votos têm condições de garantir vantagens para si mesmos em detrimento dos outros, ou de recusar-se a levar em conta os interesses das outras pessoas e grupos.¹²⁵

O *pluralismo*, nos tempos recentes, tem sido alvo de amplos ataques, ao vislumbrar-se inegável concentração de poder dos grupos dominantes. Hart Ely exemplifica a constatação lembrando a forma como a sociedade norte-americana tratou a minoria negra, durante anos, sem que esta tivesse condições de reverter o quadro.

Nesse momento, cumpre trazer à baila importante passagem de *Democracia e Desconfiança*, na qual Hart Ely cita o precedente da corte Warren acerca das “minorias separadas e isoladas”, ideia que será central para a análise do presente estudo:

Durante a era Warren, a Suprema Corte usou de grande liberdade para expandir o conjunto de classificações suspeitas para além do caso

¹²³ FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimental de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luís, n.17, jan/dez 2010, p.19.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹²⁵ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 181.

central da raça. Leis que colocavam em relativa desvantagem os estrangeiros, as pessoas de nascimento ‘ilegítimo’, até mesmo os pobres, foram todas abordadas como suspeitas em diferentes momentos. A corte de Burger também deu seu apoio verbal à ideia. Na verdade, o juiz Blackmun foi o primeiro – a indicar numa Decisão da Corte que as minorias ‘separadas e isoladas’ têm direito a uma proteção constitucional especial que as resguarde do processo político.¹²⁶

Ao final, restringiu-se a classificação de *minorias isoladas e separadas* aos estrangeiros e ao *campo da raça*. A fim de delimitar com precisão os requisitos para determinar quais seriam as minorias efetivamente separadas e isoladas, buscaram-se várias hipóteses, tais como a *imutabilidade da condição*. Porém, se a imutabilidade se encaixa bem à questão racial, o mesmo não se diga quanto à nacionalidade, que pode ser adquirida *a posteriori*.

“Separado” quer dizer, no sentido a que se pretendeu impingir ao termo, “os que estão do lado desfavorecido do limite estabelecido pela lei”; “isolado”, “os que não conseguiram número suficiente de aliados para derrotar a legislação”¹²⁷. Ressalta Hart Ely, porém, que “o propósito preclaro desta abordagem é identificar os grupos da sociedade cujos interesses e necessidades as autoridades eleitas não têm interesse manifesto de atender”¹²⁸. Em seguida, Hart Ely reforça seu argumento:

Precisamos, assim, de um outro elemento: que a minoria em questão realmente não possa entrar no ‘mercado’ pluralista e, portanto, sempre esteja do lado errado das classificações do Legislativo, por motivos que de certa forma são injustificáveis. As interpretações convencionais daquilo que consideramos ser a abordagem do caso *Carolene Products*, como a interpretação feita pelo juiz Backmun, citada acima, não incluem este elemento: as ‘minorias separadas e isoladas’ simplesmente têm direito a que o ‘Judiciário seja mais solícito’ para com elas.¹²⁹

Outro argumento lançado por Hart Ely concerne ao *estereótipo*. Toda lei, ao individualizar um certo grupo de pessoas que serão abarcadas por sua abrangência,

¹²⁶ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 199.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 203.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 205.

promove uma generalização. Isto é próprio do produto da norma. Porém, toda vez que a generalização promovida exclui do escopo indivíduos que não se encaixam naquele mandamento normativo, e essa exclusão implicar custos maiores que as vantagens da previsão legal em abstrato, pode-se admitir que a Corte afaste a generalização. Como exemplo, Hart Ely cita uma norma que permitisse aos oftalmologistas fabricar óculos, mas não aos oculistas. Se um oculista comprovar ter capacidade igual ou superior para a tarefa, isso não será suficiente para afastar o comando geral estereotipado. A fim de identificar tal situação, a Corte deve observar não somente o produto legislativo, mas também o processo que o gerou¹³⁰.

Ao comentar o caso específico dos homossexuais, o jurista reconhece que esses foram, por muitos anos, vítimas de “preconceito de primeiro grau” e de outras formas de estereotipização discriminatória. Ressalta, todavia, que uma norma protetiva da categoria não serviria para minimizar nossos preconceitos, ao promover a sua inclusão, já que “a homossexualidade não é uma característica com a qual nos familiarizamos simplesmente, digamos, por trabalhar ao lado da pessoa”¹³¹.

Além disso, os homossexuais, por temerem os riscos sociais de assumirem a condição publicamente, preferem ocultarem-se. O próprio preconceito que autoriza a suspeita de uma norma que coloque os homossexuais em situação de desvantagem serve, igualmente, para diminuir a possibilidade de sua neutralização mediante inclusão por meio legal¹³².

Para que se possa aferir a suspeitabilidade constitucional de uma norma, é preciso buscar, porém, *indícios de bloqueio no acesso à representação*. Muitas vezes, o que ocorre, segundo Hart Ely, é que as pessoas envolvidas não logram entrar em acordo para funcionar como bloco político, o que não é suficiente para que a Corte vislumbre quebra de representatividade. Deve-se investigar, com base nas condições que cercam o grupo, se há, de fato, bloqueios sistêmicos ao acesso à representação¹³³.

A teoria geral de controle de constitucionalidade proposta por Ely, como o próprio autor afirma na conclusão de *Democracia e Desconfiança*, limita o controle de

¹³⁰ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 208 a 210.

¹³¹ *Ibidem*, p. 218.

¹³² *Ibidem*, p. 220.

¹³³ *Ibidem*, p. 223.

constitucionalidade dos dispositivos constitucionais de interpretação aberta aos casos que cuidem, efetivamente, de *questões de participação*, e não dos méritos das decisões políticas contestadas¹³⁴.

Sintetizando, de forma clara, a teoria proposta por Hart Ely, Ana Luiza Almeida Ferro conclui: “bate-se o autor contra a proteção judicial, pela Suprema Corte, de direitos que não podem ser encontrados na Constituição, que não são pré-requisitos para a participação política e que não figuram entre aqueles que a maioria controladora assegurou para si”. Somente nas referidas hipóteses, portanto, é franqueado à Corte atuar como revisora constitucional das decisões políticas dos demais Poderes¹³⁵.

Nesse sentido, colhem-se do referido artigo as seguintes palavras do jurista:

Thus I say to courts: Enforce those rights that have inspired sufficient popular consensus to secure a place in the document. Enforce those rights that are needed to let us all freely and equally register our preferences. Enforce for minorities those rights that the majority has seen fit to guarantee for itself. Enforce those rights with all the vigor you can muster. But beyond that, you simply have no right in a democracy – no more than philosophers or law professors or anyone else has – to tell the rest of us that we have made a mistake and that you know better.¹³⁶

¹³⁴ Ibidem, p. 224.

¹³⁵ FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimental de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luís, n. 17, jan/dez 2010, p. 28.

¹³⁶ ELY *apud* FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimental de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luís, n. 17, jan/dez 2010, p. 28. “Por isso, eu digo às cortes: imponham aqueles direitos que tenham recebido concordância popular suficiente para assegurar um lugar no documento. Imponham aqueles direitos necessários para que expressarmos de forma livre e igual nossas preferências. Imponham às minorias aqueles direitos que a maioria julgou apropriados para si. Imponham esses direitos com todo o vigor. Mas, para além disso, você não possui qualquer direito, em uma Democracia – não mais do que dispõem filósofos ou professores de direito ou qualquer outra pessoa – de dizer a qualquer um de nós que nós cometemos um erro ou que você sabe mais” (tradução livre).

CAPÍTULO 3

3.1 Histórico e considerações acerca da união estável homoafetiva no Brasil

3.1.1 O histórico da proposição da ADPF nº 123-DF e ADI nº 4.277-DF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 123-DF (ADPF nº123) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF (ADI nº4277) levaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal a reconhecerem a união estável para casais do mesmo sexo, no dia 5 de maio de 2011¹³⁷. Referidas ações foram propostas perante a Corte, respectivamente, pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Ambas as ações contaram com a relatoria do Ministro Ayres Britto, o qual “votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do art.1723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”¹³⁸.

Neste ponto, vale à pena a transcrição de referido dispositivo:

Art. 1.723. 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.¹³⁹

Segundo o relator, o art. 3º, IV, da CF de 1988 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e, por consequência, ninguém pode ser diminuído ou suportar situação desfavorável em razão da preferência sexual¹⁴⁰.

¹³⁷ Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Visualizado em 17/11/2016.

¹³⁸ Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Visualizado em: 17/11/2016.

¹³⁹ BRASIL. Presidência da República. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17/11/2016.

¹⁴⁰ Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 17/11/2016.

Segue o dispositivo constitucional supramencionado, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Acompanharam o voto do relator, os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as Ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie. Atribuiu-se, ademais, efeito vinculante à interpretação¹⁴¹.

A ADI nº 4.277-DF foi originalmente protocolada como ADPF nº 178-DF. Intentou a referida ação a declaração do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com a consequente extensão dos direitos e deveres do instituto da união estável entre pessoas de sexo diverso às relações homoafetivas de idêntica natureza¹⁴².

Nela, o requerente aduziu que, ante a ausência de regulamentação legal, vinha sendo obstada a fruição de direitos fundamentais por parte de indivíduos homossexuais. Alegou, ademais, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, da proibição à discriminação odiosa, da igualdade e da liberdade, o que foi endossado pela Advocacia Geral da União (AGU)¹⁴³.

Na ADPF nº (ADPF) 132-DF, por sua vez, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) aduziu que “o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.”

¹⁴¹ Notícias STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 17/11/2016.

¹⁴² Notícias STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 17/11/2016.

¹⁴³ Conectas. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/6472-adi-4277-e-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva>. Visualizado em: 10/11/2011.

Nesse sentido, requereu que o STF aplicasse o regime jurídico previsto no art. 1.723 do Código Civil, próprio das uniões estáveis, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro¹⁴⁴.

Os dispositivos que constituem objeto da arguição (art. 19, II e V, e art. 33, I ao X e parágrafo único, todos do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro) dispõem sobre a concessão de licença a servidor com pessoa acometida por doença na família ou para acompanhar cônjuge transferido a outra localidade por motivos profissionais, bem como sobre a concessão de benefícios previdenciários e assistência social ao servidor e a sua família. Para o requerente, tais incisos eram interpretados de maneira discriminatória, face às decisões judiciais que negavam o direito à equiparação às uniões estáveis entre casais de sexo diverso¹⁴⁵.

3.1.2. A decisão do STF: o voto vencedor do Ministro Ayres Britto

Confrontando as duas ações propostas perante a mais alta Corte brasileira, reunidas por tratarem do mesmo objeto, em essência, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, já no exórdio de seu voto vencedor, adiantou que conferiria interpretação conforme a Constituição “para viabilizar o descarte de qualquer interpretação desfavorecedora da união estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais”¹⁴⁶.

Assim, manifestou-se o eminente Ministro relator, já no início de sua fundamentação:

E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação

¹⁴⁴ Notícias STF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Visualizado em: 17/11/2016

¹⁴⁵ Conectas. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoefs/stf-em-foco/noticia/6472-adi-4277-e-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva>. Visualizado em: 10/11/2011.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277–DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJE-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 00341, e na RTJ Vol. 00219, p. 00212.

conforme a 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 jurídicos 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.¹⁴⁷

O relator, em seguida, consignou que o fator “sexo” não se presta, sob a luz da Constituição, como elemento jurídico diferenciador que abrigue tratamento discriminatório ou preconceituoso, o que, aliás, depreende-se da inteligência do art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988¹⁴⁸, o qual dispõe que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁴⁹. Referido tratamento discriminatório colide, segundo consignou o autor do voto, frontalmente, com a ideia de promoção do bem de todos, presente no dispositivo constitucional referenciado¹⁵⁰.

O Ministro Ayres Britto ponderou, ademais, que o combate ao preconceito coaduna-se, mesmo, com o espírito norteador da Constituição, expresso no Preâmbulo da Carta de 1988, na forma da proteção ao pluralismo sócio-político-cultural, o qual, ainda, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil¹⁵¹.

“Sexo”, termo ladeado por condições como “cor da pele”, “origem social” ou “geográfica”, entre outras, deve ser esvaziado de qualquer ideia de merecimento ou desmerecimento. Além disso, apontou o Ministro, o termo denota tanto a qualidade de ser homem ou mulher, quanto o órgão sexual e, ainda, “realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele, instinto, no ponto de partida das

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17/11/2016.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277–DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 00341, e na RTJ Vol. 00219, p. 00212.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277–DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 00341, e na RTJ Vol. 00219, p. 00212.

relações afetivas. Instinto sexual ou libido, [...] a retratar o fato da indissociabilidade [...] entre o aparelho sexual da pessoa humana e essa pessoa mesma”¹⁵².

Registou o Ministro, ainda, que os redatores da Carta Magna optaram por um “intencional silêncio” em tema de “sexo”, nas três acepções – *conjunção carnal, estimulação erótica e reprodução biológica*. Nesse sentido, lançando mão da lição de Kelsen, segundo a qual aquilo que não é proibido nem obrigado, é facultado, o autor do voto deduziu que o desempenho das funções sexuais é livre, pertencendo ao arbítrio de cada um, embutindo-se nessa liberdade a preferência sexual dos indivíduos. Afirmou, por conseguinte, tratar-se de “proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico”¹⁵³. A preferência sexual figura, ainda, segundo asseverou o relator, como corolário do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF de 1988)¹⁵⁴.

Concluindo o raciocínio acima alinhavado, afirmou o Ministro Ayres Brito:

Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** (grifos no original)¹⁵⁵

Prosseguiu o relator para reconhecer que a garantia da livre disposição da preferência sexual está acobertada, ainda, pelos princípios da proteção da intimidade e da privacidade, consoante o art. 10 da CF de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, gozando, por conseguinte, da auto aplicabilidade própria dos direitos fundamentais, bem como da condição de cláusula pétrea.¹⁵⁶

Quanto ao instituto da “família”, teceu o Ministro as seguintes considerações. Primeiramente, destacou a proteção especial a ela conferida pela Constituição no Capítulo VII, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Registrou o relator tratar-se de cláusula da especial proteção do estado, tamanha a

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Idem

importância do instituto, não tendo o constituinte feito diferenciação entre famílias formadas por indivíduos do mesmo sexo ou não¹⁵⁷.

Apontou o Ministro que os parágrafos que se seguem ao *caput* do referido art. 226 cuidam de aspectos particulares da entidade familiar. Merece destaque, pela polêmica que ensejou, o § 3º, *in verbis*: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.¹⁵⁸ A explicitação dos gêneros “homem” e “mulher”, segundo a interpretação histórica e finalística proposta pelo Ministro Ayres Britto, não busca senão eliminar qualquer concepção diminutiva da posição da mulher na entidade familiar¹⁵⁹.

Colhe-se do voto do relator a seguinte passagem, que síntese sua percepção do instituto em comentário:

Ora bem, **é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição**. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.¹⁶⁰ (grifos no original)

Essas são, em suma, as principais considerações do Ministro relator que ilustram o esforço intelectual empreendido a fim de produzir a interpretação constitucional contida em seu voto.

¹⁵⁷ Idem

¹⁵⁸ Idem

¹⁵⁹ Idem

¹⁶⁰ Idem.

3.1.3. A aplicação da teoria procedimentalista de interpretação constitucional de Hart Ely à disciplina da união estável homoafetiva levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal

Os argumentos empregados pelo ministro relator da ADPF nº 132-DF e da ADI nº 4.277-DF no voto que formalizou a interpretação conforme a Constituição, com vistas a equiparar a união estável entre casais de mesmo sexo àquela entre casais de sexo diversos, permitem concluir que a Suprema Corte brasileira entendeu configurarem os direitos vindicados direitos fundamentais, julgando, mesmo, tratarem-se de direitos da mais alta grandeza, que gozam, por conseguinte, da estatura de cláusulas pétreas¹⁶¹.

Claro está, portanto, que a mais alta Corte pátria baseou-se, ao proferir o acórdão, em uma visão substantiva da revisão judicial, o que, aliás, restou expressamente consignado no texto do voto vencedor, em que o Ministro relator faz alusão ao consagrado jurista norte-americano, John Rawls, ao referir-se à necessidade de respeito às diferenças na sociedade: “Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa.”¹⁶²

Essa visão substantiva da revisão constitucional vai de encontro à corrente privilegia a posição do Judiciário como detentor da palavra final acerca de *direitos*, em detrimento da decisão parlamentar. É uma concepção da revisão judicial que vai de encontro à teoria procedimentalista de John Hart Ely. Conforme discorreremos no capítulo anterior, essa teoria “restringe o controle de constitucionalidade (sob os dispositivos de interpretação aberta da Constituição), na medida em que insiste que esse controle só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas.”¹⁶³

A extensão dos direitos da união estável entre pessoas de sexo diverso aos companheiros homossexuais não se inclui dentre as hipóteses excepcionadas pelo autor para a justificação da revisão judicial das normas, quais sejam:

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 00341, e na RTJ Vol. 00219, p. 00212.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ Ibidem, p. 243.

- a) Quando a maioria das pessoas vota para excluir outras tantas pessoas do processo ou, de outra maneira, para diluir a influência delas no dito processo;
- b) Quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e outro, menos favorável, para uma outra maioria; ou
- c) Quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes (e vulneráveis, conforme a opinião da maioria), de forma que os legisladores decidem, por voto supermajoritário, nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torna-los imunes à retirada por algo inferior a um voto supermajoritário similar no futuro.¹⁶⁴

Com efeito, não se vislumbra que a omissão constitucional relativa à união estável entre casais homoafetivos se deva a uma real impossibilidade de participação dos interessados no processo de decisão política nacional. Ao contrário: os grupos defensores dos direitos das Lésbicas, dos Gays, dos Bissexuais e dos Transgêneros, reunidos sob a sigla “LGBT”, têm-se mostrado, cada vez mais, ativos na sociedade e conquistado, paulatinamente, mais e mais reconhecimento, tendo inclusive acesso direto ao parlamento, de forma direta, ocupando cadeiras nas Casas do Congresso, ou indireto, por meio de parlamentares e frentes parlamentares que dão voz às suas demandas.

Realmente, os direitos da comunidade LGBT contam com defensores ativos no Congresso Nacional. Nomes como os do finado Deputado Clodovil Hernandez, do Deputado Jean Wyllys e da Senadora Marta Suplicy, para ficar em apenas três exemplos, são vozes atuantes na luta por direitos para a categoria. Dentre os grupos da sociedade civil organizada, pode-se mencionar a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, atuante desde 1995¹⁶⁵.

Note-se que, até maio de 2011, quando o STF efetivamente julgou as ações constitucionais propostas com vistas à extensão dos direitos e obrigações próprios de conviventes de sexo diferente aos companheiros homoafetivos, haviam sido apresentadas diversas proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, cujo objeto coincide, total ou parcialmente, com os pedidos vindicados nas referidas demandas judiciais.

¹⁶⁴ FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimental de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luís, n.17, jan/dez 2010, p. 19.

¹⁶⁵ https://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_LGBT_no_Brasil.

Dentre as proposições que tramitaram pelo Congresso, anteriormente ao julgamento das referidas ações, podem-se mencionar: Projeto de Lei (PL) nº 1.151, de 1995, de autoria da Deputada Marta Suplicy (“Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.”); PL nº 6.297, de 2005, de autoria do Deputado Mauricio Rands (“Acresce um parágrafo ao art. 16 da Lei nº .213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União.”); PL nº 6.874, de 2006, de autoria da Deputada Laura Carneiro (“Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.”); PL nº 580, de 2007, de autoria do Deputado Clodovil Hernandes (“Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.”); PL nº 2.285, de 2007, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (“Dispõe sobre o Estatuto das Famílias.”); PL nº 3.712, de 2008, de autoria do Deputado Maurício Rands (“Altera o inciso II do art. 35 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, incluindo na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física e dá outras providências”); PL nº 4.914, de 2009, de autoria do Deputado José Genoíno e outros (“Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”); PL nº 5.167, de 2009, de autoria dos Deputados Capitão Assunção e Paes de Lira (“Altera o art. 1.521 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.”)¹⁶⁶.

O rol de projetos mencionados é suficiente para ilustrar nosso argumento central: não havia, de fato, óbice à participação dos membros das comunidades LGBT no processo político-decisório nacional nem estava o Congresso Nacional, por meio de suas Casas, silente, de modo a justificar a atuação ativista e criacionista do STF. Não havia um sufocamento de grupo minoritário capaz de eliminá-lo nem reduzi-lo a condição de indignidade que não pudesse aguardar a decisão parlamentar, porquanto o processo democrático-deliberativo não estava impedido. Deve-se salientar que, se o

¹⁶⁶ Visualizado em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/?wicket:interface=:1:1:::> Acesso em: 17/11/2016.

Poder Legislativo, ao qual compete propor a legislação sobre o assunto, não havia, até a data do julgamento das ações propostas, tomado uma decisão **direta** (pois o silêncio também tem seu valor e dele deve ser extraído sentido hermenêutico), a conclusão, no nosso sentir, não pode ser outra senão a percepção, pelos órgãos legisladores, de que tal regulamentação não merecia ser levada a cabo até o referido momento. Dito de outro modo, mais simples, o tema ainda não estava “maduro” o suficiente para a sociedade, para a qual o Parlamento dá expressão, como foro apropriado.

Por outras palavras, o Poder Legislativo, representante que é do povo, cujos membros foram, democraticamente, submetidos ao sufrágio popular, é que, no nosso sentir, detinha e detém competência para disciplinar a questão relativa ao instituto da união estável entre indivíduos de mesmo sexo. Ao ter-se antecipado ao Congresso Nacional, o Poder Judiciário violou o princípio democrático, nos termos propostos por Jürgen Habermas, autor que, como já se mostrou, defende uma visão procedimental da democracia, atendo-se a requisitos de participação no processo decisório, em detrimento de questões referentes ao mérito substantivo das escolhas políticas¹⁶⁷, que não podem ser realizadas pelo Poder Judiciário, ainda que por seu órgão de cúpula.

¹⁶⁷ HABERMAS *apud* NETO, p. 139.

CONCLUSÃO

O tema do ativismo judicial, como se pode constatar, desperta grande polêmica, quer nos círculos jurídicos pátrios, quer no direito comparado. O embate entre o Poder Judiciário e os demais Poderes constituídos levou à produção de elaboradas correntes doutrinárias acerca do tema.

Sobretudo, nos sistemas constitucionais aderentes à *civil law*, esse protagonismo exercido pelo Poder Judiciário desperta reações as mais diversas, desde ampla aceitação até completa rejeição, mediados os extremos por posições intermediárias temperadas. Segundo afirma Elival da Silva Ramos,

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro de limites do juridicamente permitido.¹⁶⁸

No presente trabalho, buscou-se, inicialmente, conceituar ativismo judicial, para o que nos valem do conceito neutro proposto por Luís Roberto Barroso, qual seja:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de

¹⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁶⁹

Em seguida, intentou-se discorrer sobre o desenvolvimento da temática no mundo e, posteriormente, no Brasil. Tal relato teve como objetivo expor o pano de fundo relativo às principais posições acerca da **última palavra** no que concerne às decisões legislativas: aquelas defensoras do Poder Judiciário como órgão decisório em última instância e aquelas que propugnam pela primazia do Legislativo quanto às escolhas políticas expressas nas normas por ele editadas. Reproduziram-se argumentos a favor e contra uma e outra posição.

Prosseguiu-se, então, em direção à apresentação das duas principais correntes que se digladiam no tocante ao tema do ativismo judicial: o interpretacionismo e o não interpretacionismo, bem como suas subcorrentes. Fez-se, ainda, um apanhado das principais teorias de democracia deliberativa, destacando-se duas posições antagônicas: a visão de John Rawls e Ronald Dworkin, defensora de um modelo substantivo, e a de Jürgen Habermas, escorada em um modelo democrático procedimental. A opção, na presente pesquisa, deu-se por este último e pelo procedimentalismo aplicado à revisão judicial de John Hart Ely. Com isso, pudemos analisar a hipótese aventada na introdução deste trabalho – uma suposta violação do princípio democrático pelo STF, no julgamento das ADPF nº 123-DF e da ADI nº 4.277-DF.

John Hart Ely, como se demonstrou, advoga um modelo procedimental de interpretação constitucional. Sintetizando a posição do autor acerca do tema, afirma Ana Luiza Almeida Ferro que “ele oferece às cortes um caminho próprio, coerente, em certa medida original, de proteção dos direitos assegurados a todos, mormente os de acesso e participação política e os de igualdade”¹⁷⁰.

Após a exposição do voto do eminente Ministro relator das ações constitucionais que tramitaram na Suprema Corte acerca do tema, Carlos Ayres Britto, pudemos constatar que a interpretação constitucional de que lançou mão a Excelsa Corte para equipar a união estável entre indivíduos de mesmo sexo à já constitucionalmente

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 6. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

¹⁷⁰ FERRO, Ana Luíza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, n.17, jan/dez 2010, p. 17.

prevista união entre indivíduos de sexo diferente baseou-se, claramente, em uma concepção material de democracia.

Além disso, desejamos ter conseguido demonstrar, na presente pesquisa, para justificar nossa posição contrária ao ativismo do STF, no presente caso, não ser possível falar em óbice ao direito de participação no processo democrático-deliberativo da minoria representada pelos indivíduos de preferência sexual homoafetiva, não se enquadrando as pessoas em questão no conceito de *minority separated and isolated* desenvolvido por Hart Ely, de modo a merecer a intervenção do órgão de cúpula do Judiciário. *Separado*, quer dizer, no sentido a que se pretendeu impingir ao termo, “os que estão do lado desfavorecido do limite estabelecido pela lei”; *isolado*, “os que não conseguiram número suficiente de aliados para derrotar a legislação”¹⁷¹.

De tudo quanto exposto, chegamos à seguinte conclusão: à luz da teoria procedimentalista de interpretação constitucional proposta por Hart Ely, bem como do conceito de *democracia deliberativa* proposto por Habermas, pode-se afirmar que o STF, ao aplicar a interpretação conforme a Constituição ao caso das uniões homoafetivas no Brasil, com a extensão a estas da situação jurídica própria das uniões estáveis entre indivíduos do sexo oposto, violou o princípio democrático. Com isso, imiscuiu-se em atribuição própria do Poder Legislativo, em clara violação de competência e exorbitando de seu poder constitucional.

¹⁷¹ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 203.

BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica*. Trad. Silda Huthinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível

em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

Acesso em: 24 de junho de 2013.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 00341, e na RTJ Vol. 00219, p. 00212

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W.W.Norton and Company, 1978

CANON, Bradley C. Judicial Activism. In *Judicature*. Volume 66, number 6, December-january, 1983, p. 236-247.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista USP*, São Paulo, p. 12-21, s/d.

FERRO, Ana Luíza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de J.H.Ely. In: *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, n.17, jan/dez 2010.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

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

ROSA, André Vicente Pires Rosa. *Las Omisiones Legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

STRECK, Luiz Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, n°250, 2009, p. 197-227.

SUSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalismo on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Claredon Press: Oxford, 1999.