



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no
D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

DOUTORADO

**A DEMOCRACIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO RISCO DE *BACKLASH*
EM FACE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: o uso
(estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de
inclusão**

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

JACAREZINHO - PARANÁ
2020

**A DEMOCRACIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO RISCO DE *BACKLASH*
EM FACE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: o uso
(estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de
inclusão**

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Área de Concentração:
Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão

Linha de Pesquisa:
Função Política do Direito

Orientador:
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves.

**JACAREZINHO – PARANÁ
2020**

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

Nascimento, Arthur Ramos do
mento, BACKLASH EM FACE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES
Arthu HOMOAFETIVAS: o uso (estratégico) da jurisdição
r constitucional na ampliação de espaços democráticos de
Ramos inclusão / Arthur Ramos do Nascimento; orientador
dod Fernando de Brito Alves - Jacarezinho, 2020.
716 p.

Tese (Doutorado em Direito) - Universidade
Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em
Ciência Jurídica, 2020.

1. Direito. 2. União Homoafetiva. 3. Teoria
Democrática. 4. Teoria Constitucional. 5. Função
Política do Direito. I. de Brito Alves, Fernando,
orient. II. Título.

A DEMOCRACIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO RISCO DE BACKLASH EM FACE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: o uso (estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de inclusão

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

Esta TESE DE DOUTORADO foi julgada adequada para a obtenção do conceito APROVADO na fase de DEFESA junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: Teorias da Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito, nos termos do regulamento do Programa.

Jacarezinho/PR, em 18 de Dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Presidente Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – Orientador (UENP)

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP)

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado – (UENP/UNIVEM)

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – (UFU)

Prof. Dr. . Walter Claudius Rothenburg – (ITE)

EPÍGRAFE

Há uma luz na escuridão, embora a noite seja negra como minha pele. Há uma luz queimando intensamente mostrando-me o caminho. Mas eu sei onde eu estive.

Há um choro ao longe, é uma voz... e isso vem do fundo, lá de dentro. Há um choro, perguntando “por quê?”. Eu rezo para que a resposta esteja à frente, porque eu sei onde eu estive.

Há uma estrada. Nós temos viajado tão perdidos no caminho, mas as riquezas serão abundantes. Vale o preço que nós tivemos que pagar.

Há um sonho no futuro. Há uma luta. Nós ainda temos que ganhar e há orgulho no meu coração, porque eu sei onde nós estamos indo. E eu sei onde eu estive.

Há uma estrada, nós temos que viajar. Há uma promessa que nós temos que cumprir, porque as riquezas serão abundantes. Vale o risco e as chances que nós nos arriscamos.

Há um sonho no futuro. Há uma luta que nós ainda temos que ganhar. Use o orgulho nos nossos corações para erguer-se para amanhã. Porque só ficar imóvel (não fazer nada) seria um pecado.

Eu sei disso, eu sei disso. Eu sei onde estou indo. E o Senhor sabe que eu sei onde eu estive.

Oh! Quando nós vencermos eu agradecerei ao meu Deus, porque eu sei onde eu estive.

I know Where I've Been, musical Hairspray

AGRADECIMENTOS

Entre os pecados que os homens cometem, ainda que afirmam alguns que o maior de todos é a soberba, sustento eu que é a ingratidão, baseando-me no que se costuma dizer, que de mal agradecidos está o inferno cheio. Sempre procurei evitar este pecado, tanto quanto me tem sido possível, desde que tive uso de razão, e se não posso pagar as boas obras que me fazem, com outras, ponho em seu lugar o desejo de as fazer; e quando isso não basta, publico-as, (...) e assim está Deus sobre todos, porque é sobre todos dador, e não podem corresponder as dádivas do homem às de Deus com igualdade, pela infinita distância, e esta estreiteza de meios, até certo ponto, supre o agradecimento. Eu, pois, agradecido à mercê que aqui se me tem feito, não podendo corresponder igualmente, contendo-me nos estreitos limites do meu poderio, ofereço o que posso e o que tenho; e, assim, digo que sustentarei dois dias, de sol a sol (...) com paz seja dito de quantos e quantos me escutam.

Miguel de Cervantes, em *D. Quixote*, Parte II, Capítulo 58.

Por mais que o decoro acadêmico estabeleça que se façam agradecimentos de forma sóbria e curta, não poderia eu (tão intenso em tudo e sempre, e tão grato por todas as bênçãos e realizações e tão grato por Aquele que em tudo foi parte) fazer agradecimentos em seis linhas em um momento que é tão marcante quanto importante na minha vida: (i) como pessoa (por ser a realização de um projeto de vida), (ii) como profissional (pois defender uma tese de doutorado é uma nova fase que se abre na minha missão como professor) e (iii) como um ser social e que é agraciado com uma imensa rede de apoio e amizade para que esse momento fosse possível. A pesquisa é solitária, mas a conquista é, sem dúvida compartilhada. E não há melindres ou palavras vãs se por ventura as pessoas que aqui forem mencionadas em gratidão jamais tomem conhecimento dessa tese e desses agradecimentos. Eu lhes sou imensamente grato.

Agradeço, ao meu orientador, Prof. Dr. Fernando de Brito Alves por todo o auxílio e ensinamentos durante o processo de construção dessa pesquisa de tese. Agradeço por toda a paciência, companheirismo, pelo apoio e pelas oportunidades. Que sua presença e amizade continuem comigo para sempre.

Agradeço em segundo lugar o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, que acreditou no potencial da proposta da pesquisa e me abriu oportunidades para desenvolvê-la, além de me oferecer muita (trans)formação acadêmica e de pesquisa. Saio da instituição um pesquisador (e professor) muito mais amadurecido do que entrei. Que jamais quebrems esse vínculo, pois levarei a UENP comigo e a representarei com muito orgulho por onde for.

Em terceiro lugar agradeço à Fundação Araucária e a CAPES pela bolsa concedida.

Agradeço aos meus pais, Janice Ramos do Nascimento e Joaquim Benedito Salviano do Nascimento, aos meus irmãos Moniquei da Silva Duarte e Edgar Ramos do Nascimento, e ao meu sobrinho, João Victor Duarte de Lima vocês são meus maiores apoiadores e meu porto seguro. Agradeço ao Wellington Sordi, companheiro e melhor amigo nessa loucura, e agradeço ao amor incondicional da Aiyra e da Pequi que me ajudaram a passar por tudo isso. Obrigado por sempre acreditarem, torcerem e me apoiarem em todos os meus projetos. Essa conquista é também de vocês.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica por todo ensinamento compartilhado, agradeço a Maria Natalina da Costa (Secretária do Programa) por toda a ajuda e esclarecimentos, agradecimento que amplio aos professores membros da Banca de Qualificação e Defesa, pelas contribuições não só no resultado dessa tese doutoral, mas em toda a minha trajetória como professor e pesquisador que tem muito de cada um de vocês: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho, Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho e ao Prof. Dr. Walter Claudius Rothenburg.

Agradeço aos meus queridos amigos: João Éder Furlan Ferreira de Souza, Fernanda de Matos Lima Madrid, Gisele Caversan Beltrami Marcato, Luna Stipp, Marco Antonio Turatti Junior, Gustavo Henrique Paschoal, Amanda Querino dos Santos Barbosa, Lucas Emanuel Ricci Dantas, que compartilharam comigo esses anos de doutoramento e que espero sinceramente continuem fazendo parte da minha vida e me agregando tanto.

Não poderia deixar de ser, agradeço de todo coração meus alunos e alunas que são minha grande inspiração em ser um professor, um pesquisador e um ser humano melhor.

Por fim, um agradecimento para todos que de alguma forma contribuíram com essa trajetória.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **A DEMOCRACIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO RISCO DE *BACKLASH* EM FACE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: o uso (estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de inclusão.** 2020, 716 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR, 2020.

RESUMO

A presente pesquisa doutoral objetiva pensar, a partir de perspectivas democráticas e da teoria constitucional, a proteção das minorias dentro de um Estado Democrático de Direito considerando o recorte das uniões homoafetivas. O reconhecimento do direito à formação familiar sem discriminação por orientação afetivo-sexual, a despeito ser positivado no plano constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, continua sendo objeto de discussão jurídico-política à luz das teorias democráticas. O *backlash* é um fenômeno ambivalente podendo se revelar como exercício de participação democrática e construção de significado constituição radical, mas pode, sob o argumento da vontade popular, tentar sobrepujar a primazia constitucional ameaçando as conquistas das minorias e negando a dignidade humana. O *problema de pesquisa* da proposta de tese questiona se o reconhecimento de direitos e garantias pelas Cortes Constitucionais como litígio estratégico de minorias para tutela da dignidade da pessoa humana e reconhecimento de direitos pode ser identificada como uma perspectiva de construção democrática? Como *backlash*, dialética social das minorias e os princípios e valores constitucionais dialogam para aperfeiçoar os significados na Democracia? A tese demonstra que a função política do Direito, presente no reconhecimento constitucional de direitos fundamentais por Cortes Constitucionais, surge como sintoma benéfico do processo de adaptação da Democracia. Os procedimentos metodológicos organizados de forma multimétodo, buscando integrar diferentes abordagens: exploratório-descritivo, jurídico-projetivo (ou jurídico-prospectivo) e revisão teórico-bibliográfica. Dessa forma, a tese indica a necessidade de ampliação de espaços de participação e de deliberação do significado constitucional para além das instâncias representativas, não sendo jurisdição constitucional a arena por excelência, mas uma das possibilidades possíveis no processo de amadurecimento de uma cidadania crítica e ativa.

Palavras-chave: Constitucionalismo Democrático. Minorias e Grupos Vulneráveis. Justiça Social. Teorias da Justiça e Exclusão. Função Política do Direito.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **CRITICAL DEMOCRACY AS OVERCOME OF THE RISK OF BACKLASH IN FACE OF THE RECOGNITION OF SAME SEX UNION: the (strategic) use of constitutional jurisdiction in the expansion of democratic spaces of inclusion**. 2020, 716 pages. Doctoral Thesis in Law – Paraná Northern State University, UENP-Jacarezinho, 2020.

ABSTRACT

The present PhD research aims to imagine, from democratic perspectives and from constitutional theory, the protection of minorities within a Democratic State of Law considering the cut of the same-sex unions. The recognition of the right to family formation without discrimination on the basis of sexual-affective orientation, despite being positively constituted by the Supreme Federal Court in 2011, continues to be the subject of legal-political discussion in the light of democratic theories. Backlash is an ambivalent phenomenon that can reveal itself as an exercise in democratic participation and the construction of meaningful radical constitution, but it can, under the argument of popular will, try to overcome constitutional primacy by threatening the conquests of minorities and denying human dignity. The research problem of the thesis proposal asks whether the recognition of rights and guarantees by the Constitutional Courts as a strategic litigation for minorities to protect the dignity of the human person and the recognition of rights can be identified as a perspective of democratic construction? As backlash, minority social dialectic and constitutional principles and values dialogue to improve the meanings in Democracy? The thesis demonstrates that the political function of Law, present in the constitutional recognition of fundamental rights by Constitutional Courts, appears as a beneficial symptom of the adaptation process Democracy. The methodological procedures organized in a multi-method way, seeking to integrate different approaches: exploratory-descriptive, legal-projective (or legal-prospective) and theoretical-bibliographic review. Thus, the thesis indicates the need to expand spaces for participation and deliberation of the constitutional meaning beyond the representative instances, constitutional jurisdiction not being the arena par excellence, but one of the possible possibilities in the process of maturing a critical and active citizenship .

Keywords: Democratic Constitutionalism. Minorities and Vulnerable Groups. Social justice. Theories of Justice and Exclusion. Political Function of Law.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do. **LA DEMOCRACIA CRÍTICA COMO SUPERACIÓN DEL RIESGO DE BACKLASH ANTE EL RECONOCIMIENTO DE LAS PAREJAS HOMOAFECTIVAS: el uso (estratégico) de la jurisdicción constitucional en la expansión de los espacios democráticos de inclusión.** 2020, 716 hojas. Tesis (Doctorado en Ciencias Jurídicas) - Universidad Estatal del Norte de Paraná, Jacarezinho, 2020.

RESUMEN

La presente investigación doctoral tiene como objetivo pensar, desde perspectivas democráticas y desde la teoría constitucional, la protección de las minorías dentro de un Estado Democrático de Derecho considerando el corte de las uniones del mismo sexo. El reconocimiento del derecho a la formación de una familia sin discriminación por orientación sexual-afectiva, a pesar de haber sido constituido positivamente por la Suprema Corte Federal en 2011, sigue siendo objeto de discusión jurídico-política a la luz de las teorías democráticas. El contragolpe es un fenómeno ambivalente que puede revelarse como un ejercicio de participación democrática y la construcción de una constitución radical significativa, pero puede, bajo el argumento de la voluntad popular, intentar superar la primacía constitucional amenazando las conquistas de las minorías y negando la dignidad humana. El problema de investigación de la propuesta de tesis se pregunta si el reconocimiento de derechos y garantías por parte de los Tribunales Constitucionales como un litigio estratégico para las minorías para proteger la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de derechos se puede identificar como una perspectiva de construcción democrática. ¿Como contragolpe, dialéctica social de las minorías y el diálogo de principios y valores constitucionales para mejorar los significados en Democracia? La tesis demuestra que la función política del Derecho, presente en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales, aparece como un síntoma beneficioso del proceso de adaptación Democracia. Los procedimientos metodológicos organizados de forma multimétodo, buscando integrar diferentes enfoques: exploratorio-descriptivo, jurídico-proyectivo (o jurídico-prospectivo) y revisión teórico-bibliográfica. Así, la tesis indica la necesidad de ampliar los espacios de participación y deliberación del sentido constitucional más allá de las instancias representativas, no siendo la jurisdicción constitucional la arena por excelencia, sino una de las posibles posibilidades en el proceso de maduración de una ciudadanía crítica y activa.

Palabras clave: Constitucionalismo democrático. Minorías y grupos vulnerables. Justicia social. Teorías de justicia y exclusión. Función política del derecho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PARTE I – DEMOCRACIA: Poderes constituídos, participação e desconfiança.	23
Capítulo I. O PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA NO DISCURSO JURÍDICO	24
1.1. Presença da Democracia nos documentos internacionais de Direitos Humanos.....	33
1.2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o princípio da primazia constitucional	43
1.3. Democracia em uma sociedade cada vez mais plural	48
Capítulo II. A TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DA TRIPARTIÇÃO E OS PODERES CONSTITUÍDOS.....	68
2.1. Teoria da Separação dos Poderes (Histórico pré-moderno e à luz das revoluções modernas: Americana e Francesa)	70
2.2. Teoria dos Três Poderes à luz do (Neo)Constitucionalismo e Poderes Constituídos no Brasil	80
2.3. Considerações sobre a Teoria Democrática Contemporânea e Poder Soberano	86
Capítulo III. DO LEGISLATIVO COMO PODER COM EXCLUSIVIDADE (I)LEGÍTIMA PARA MANIFESTAR A SOBERANIA POPULAR.	92
3.1. A Crise de representatividade do Parlamento à luz das teorias democráticas.....	95
3.2. Reflexos de interesses privados no Parlamento e ausência de racionalidade na produção legislativa	108
3.3. Diante das omissões ou contradições da Lei: seria o Poder Judiciário o ego da sociedade ou seu último refúgio?.....	119
Capítulo IV. EFEITO <i>BACKLASH</i> NA TEORIA DEMOCRÁTICA.....	131
4.1. Efeito <i>Backlash</i> : o resultado de reação social e o Parlamento como agente do “Vox Populi”.....	140
4.2. Efeito <i>Backlash</i> no contexto de direito comparado e brasileiro	147
4.3. Aspectos positivos e negativos do Efeito <i>Backlash</i> à luz da teoria democrática e constitucional	160
CONSIDERAÇÕES PARCIAIS.....	177
Parte II – EXCLUSÃO: Direitos Fundamentais e a Reflexão Jurídica.....	179
Capítulo V. O DIREITO DAS MINORIAS NAS CONSTITUIÇÕES E TRATADOS: PARLAMENTO E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	180
5.1. Direitos Fundamentais e Humanos no pensamento jurídico contemporâneo: a igualdade e a não discriminação.....	199
5.2. Direitos Fundamentais e o caráter excludente de suas primeiras concepções.....	214
5.3. Histórico dos Direitos das Minorias Sexuais no pensamento político-jurídico contemporâneo: direitos fundamentais como horizontes de transformação da dignidade humana e a questão da Homossexualidade	228

Capítulo VI. O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS MINORIAS NA PERSPECTIVA DAS ENTIDADES FAMILIARES.....	243
6.1. Conceito de Família, Casamento e União Estável. História jurídica do casamento e demais uniões civis	250
6.2. Avanços (infra)constitucionais: a constitucionalização da realidade social como estratégia de proteção	260
6.3. Século XXI e reconhecimento dos “novos” arranjos familiares: considerações sobre o âmbito constitucional e as entidades familiares	269
Capítulo VII. OS AVANÇOS JURÍDICOS E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS	277
7.1. Exclusão e acesso à justiça dos grupos minoritários: jurisdição constitucional como realização democrática	285
7.2. Reconhecimento das uniões homoafetivas no contexto europeu	290
7.3. Reconhecimento das Uniões homoafetivas na América Latina e no Caribe.....	300
7.4. Reconhecimento das Uniões homoafetivas na América do Norte: Canadá e Estados Unidos	308
7.5. Reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil	319
7.6. As Cortes Constitucionais e a função da jurisdição constitucional na defesa dos direitos de minorias: o casamento igualitário.....	333
Capítulo VIII. O <i>BACKLASH</i> E O AVANÇO DE MOVIMENTOS CONSERVADORES ...	349
8.1. O conservadorismo no século XXI	356
8.2. Globalização e crise da modernidade como fatores dos avanços de movimentos conservadores	361
8.3. O risco do <i>backlash</i> em contextos de crise, a campanha contra direitos fundamentais (e humanos) e a retórica da intransigência	374
CONSIDERAÇÕES PARCIAIS.....	395
Parte III – JUSTIÇA SOCIAL: A Jurisdição Constitucional, teorias constitucionais e a Função Política do Direito.....	397
CAPÍTULO IX – CONSITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E AS VISÕES POSSÍVEIS NO PROJETO CONSTITUCIONAL DE 1998	398
9.1. Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Jurídico.....	406
9.2. Democracia Procedimentalista e Democracia Substancialista	412
9.3. Constitucionalismo Democrático e Popular: uma conciliação possível (?)	421
Capítulo X. TEORIA DA JUSTIÇA, E A FUNÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	429
10.1. Judicialização da política e ativismo judicial	440
10.2. Cortes como agentes legítimos de criação do Direito	451
10.3. Supremacia Constitucional, dignidade humana e vedação ao retrocesso de direitos ...	466

Capítulo XI. O <i>BACKLASH</i> E A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE EM DEFESA DAS MINORIAS LGBTQ+ EM BERMUDAS.....	492
11.1. Reconhecimento do casamento igualitário no Direito em Bermudas	500
11.2. Superação legislativa e referendo popular: manifestação do poder constituinte?	517
11.3. Declaração de inconstitucionalidade da Lei em seus aspectos de retrocesso: a realização democrática e a primazia constitucional via controle judicial.....	529
Capítulo XII. SOCIEDADES (MAIS HORIZONTALMENTE) DEMOCRÁTICAS E O FENÔMENO DO BACKLASH COMO RETROCESSO JURÍDICO-DEMOCRÁTICO..	559
12.1. Jurisdição Constitucional forte <i>versus</i> Sociedade Democrática forte: a interpretação de significado no debate social implica barbárie?.....	565
12.2. Debate social, autoconstrução de uma Democracia Constitucional e constitucionalismo democrático-popular	583
12.3. Democracia constitucionalmente mediada: coerência e integridade do sistema e (ir)revogabilidade dos avanços democráticos	614
CONSIDERAÇÕES PARCIAIS.....	648
PARTE IV: DEMOCRACIA COMO CONQUISTA - Direitos constitucionalmente garantidos através da mediação política do Direito frente ao Efeito <i>Backlash</i> e a luta de significados da Constituição	650
CONCLUSÃO: A DEMOCRACIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO RISCO DE <i>BACKLASH</i> EM FACE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: o uso (estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de inclusão.....	651
REFERÊNCIAS	659
ANEXOS DA TESE	710

INTRODUÇÃO

A Democracia é um conceito e um contexto em constante transformação, alcançando um estágio de popularização e naturalização (podendo-se até dizer banalização) no discurso e na leitura do Estado moderno no Ocidente. Se, por um lado, a Democracia parece um elemento de estabilidade social sem o qual o Estado de caos se implantaria, por outro, não é possível afirmar que ela esteja estabilizada. As Teorias da Justiça e Exclusão devem se debruçar sobre a Democracia no sentido de pensar em estratégias que garantam uma maior estabilidade diante das pressões sociais e econômicas, buscando evitar ao máximo que narrativas teóricas e políticas sejam construídas para perverter a Democracia em um espaço de marginalização de minorias seguindo ultrapassados axiomas. A teoria democrática pode servir para legitimar *movimentos e procedimentos* antidemocráticos, razão pela qual deve ser continuamente revisitada e confrontada.

O reconhecimento dos direitos humanos e das garantias fundamentais das minorias e dos grupos vulneráveis tem sido um processo árduo e paulatino no cenário nacional e global, representando, pois, uma instância de luta democrática na dialética sócio-histórica. Parte da culpa se encontra na dificuldade do Direito de acompanhar as transformações sociais, por suas limitações naturais, além de um Poder Legislativo fortemente influenciado por uma tradição judaico-cristã, típica característica ocidental, que se posiciona de forma conservadora para agradar o eleitorado cada vez mais conservador e reacionário¹. Em razão dessa omissão intencional do Legislativo (que é também uma violação ao dever constitucional de legislar), parcelas da população são excluídas do amparo legal, o que os coloca em posição de marginalização e exclusão.

¹ Vale destacar, já de início, que o “ser conservador” não é um problema *per se*. É uma compreensão óbvia e ululante de que também as minorias e os grupos vulneráveis lutam diuturnamente para conservar os direitos conquistados. Ser conservador no que se refere aos direitos humanos e fundamentais conquistados buscando sua efetivação e fruição plena é um aspecto positivo do verbo (e ação de) conservar. A comunidade LGBTQ+, por exemplo, está lutando para conservar o direito a constituir família livremente sem qualquer discriminação em razão de orientação afetivo-sexual. É um direito legítimo e justo que merece ser protegido dos ataques institucionais e fundamentalistas. A crítica aqui, e é importante destacar para evitar interpretações tendenciosas, incompletas e mal-intencionadas a respeito do conservadorismo (em suas diferentes manifestações) que busca retroceder os avanços em matéria de direitos humano-fundamentais e suas garantias. Critica-se e ataca-se teórica e discursivamente aquele conservadorismo dedicado a eliminar os avanços e conquistas de minorias e grupos vulneráveis para reestabelecer uma hegemonia anterior que ditava a pauta moral e dos costumes na sociedade. Dessa sorte, que fique claro (como se esclarece no decorrer da tese) que a crítica se direciona ao conservadorismo reacionário e seus fundamentos antidemocráticos.

Essas minorias e esses grupos vulneráveis, dessa forma, sofrem de exclusão maximizada ficando fora do protagonismo e da participação social, sem a possibilidade de exigir ação do Estado por ausência de positivação de seus direitos. Essa exclusão os coloca à margem da Democracia, ainda que formalmente lhes sejam concedidos os aparentes direitos de participação.

A contemporaneidade estabelece uma série de paradigmas a serem rompidos e superados. No patamar da interpretação constitucional, visando à proteção das garantias e direitos fundamentais (e dos Direitos Humanos), o uso estratégico das Cortes Constitucionais² por parte dos movimentos sociais (organizados ou não) e/ou da comunidade LGBTQ+ tem (na história recente e no *recorte das uniões homoafetivas*) apresentado decisões de vanguarda como um posicionamento recorrente em diferentes sistemas, ainda que não unânime³. Essas decisões, dentro de perspectiva substantiva da Democracia, têm ampliado os espaços de debate e deliberação sobre desacordos sociais permitindo uma maximização do diálogo social com os poderes constituídos.

Tais decisões são amplamente questionadas e criticadas sob o fundamento da “separação de poderes” e do chamado ativismo judicial. A questão, entretanto, não pode ser encarada como tão simples. Há uma proposta constitucional prevista (como promessa ou projeto constitucional), mas que não é instrumentalizada pelo Legislativo que, como observado, é omissivo sobre parcelas e grupos marginalizados. É preciso observar que existe uma constelação de valores a qual tem sido cada vez mais consolidada no discurso e na prática democráticos (liberdade, igualdade, não

² Seguindo a colocação apresentada em nota por Jairo Néia Lima, mesmo ciente “da limitação conceitual de tribunal constitucional como um órgão que não abrange competências recursais de instâncias ordinárias, o presente trabalho utiliza o referido termo para incluir também as cortes supremas, órgãos de última instância e também responsáveis pelo controle de constitucionalidade. Isso porque, para fins dessa pesquisa, tal diferença não influi sobre o objeto das críticas”. Ainda destaca o autor, com respaldo em Walter Rothenburg (2007) que talvez “a melhor designação seria tribunais ou cortes de constitucionalidade, já que constitucionais são todos os órgãos de soberania fundados na [C]onstituição”, além de se tratar, como argumenta segundo André Ramos Tavares (2006), um Tribunal que “também desenvolve funções interpretativas, estruturantes, arbitrais, legislativas e governativas” (LIMA, 2018, p. 07).

³ Como se faz registro na presente tese, quanto às posturas de vanguarda das Cortes Constitucionais, no Brasil e no Mundo, não se trata de algo constante ou que possa ser adotada como regra. As Cortes são tradicionalmente conservadoras e por muito tempo serviram como baluartes impeditivos que os direitos de pessoas e casais LGBTQ+ pudessem ser reconhecidos, muitas vezes fazendo de uma retórica literalista do texto legal para impedir uma maior permeabilidade de argumentos das minorias. Como a Parte II da presente tese demonstra, no que se refere às uniões homoafetivas, há uma tendência de postura vanguardista sendo estabelecida no Ocidente e para além dele. É necessário igualmente fazer um registro que não se pode depositar uma fé inamovível nas Cortes, confiando em uma postura sempre progressista, pois a realidade demonstra se tratar de uma crença incoerente com as fragilidades políticas e institucionais das Cortes pelo mundo inteiro.

discriminação etc.), apresentando um projeto substantivo de constitucionalismo democrático.

Todavia, não é equivocado dizer que até movimentações institucionais são tomadas por parte de Poderes Constituídos democraticamente para retroceder aos avanços democráticos propostos nas decisões judiciais. De modo específico, a pesquisa se desdobra sobre a proteção das uniões homoafetivas⁴, reconhecidas no plano constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, mas que vivem sob constante ameaça de propostas legislativas retrógradas e discriminatórias em clara ameaça de *backlash*, a despeito de (o reconhecimento dessas uniões) ser resultado de um longo e ativo processo cidadão de luta por reconhecimento e direitos.

A pesquisa está inserida em uma grande área de concentração referente às “Teorias da Justiça e Exclusão”. Considerando que a ascensão do conservadorismo-reacionário tem ameaçado os avanços legais e jurídicos de minorias e grupos vulneráveis, há uma preocupação em entender se esse avanço pode ser classificado como um movimento global, e até que ponto as pressões junto ao Parlamento para retrocesso de direitos podem ser consideradas como sintomas da crise dos valores democráticos ou ainda se são apenas respostas legítimas do dissenso sobre desacordos morais de um “povo” que teve sua “vontade majoritária” e seu *status quo* ameaçado. Além disso, há uma preocupação em pontuar a necessidade de consolidação de uma teoria que não seja vazia de um conteúdo máximo e mínimo ético, como balizas de amadurecimento do ordenamento jurídico-político constitucional.

A exclusão das populações LGBTQ+ existe e pode ser potencializada diante da modernidade que aponta para uma desconfiança quanto aos direitos humano-fundamentais nas sociedades democráticas, como se o reconhecimento de direitos desses grupos fosse um problema. Essas questões são caras ao problema de pesquisa, especialmente, pelo fato de os líderes carismáticos e populistas se mostrarem desfavoráveis aos grupos minoritários em diversos contextos na contemporaneidade e,

⁴ Cabe a ressalva, já de início nessa Introdução, que a tese ao referir-se à orientação afetivo-sexual da pessoa homossexual adota a terminologia homossexualidade. Como destacado por Giorgis o termo homossexualismo foi banido do CID, subtraindo-se o sufixo ismo (que possui uma conotação de doença) por idade (que designa um modo de ser), decisão essa que marcou a superação da visão patológica do ser homossexual, para uma compreensão de reconhecimento de identidade, o que implicou também que os cientistas concluíram “que a atividade não podia mais ser sustentada enquanto diagnóstico médico, por que os transtornos derivam mais da discriminação e da repressão social, oriundos de um preconceito do seu desvio sexual” (2001, p. 10). A presente tese se permite *corrigir* as menções hoje equivocadas nas referências comentadas ou citadas sempre que não se tratar de uma citação direta como forma de garantir uma maior integridade discursiva e simbólica das reflexões aqui apresentadas.

em razão disso, buscam resgatar uma proposta de constitucionalismo político centrado no princípio da supremacia parlamentar e na sacralização da forma em detrimento do conteúdo.

A área de concentração é propícia para interlocuções interdisciplinares, considerando que tais articulações colaboram para a compreensão mais profunda das dinâmicas sociais e jurídicas, bem como formas de interferência positivas nesse âmbito. A pesquisa, nessa dimensão, permite conciliar macro e micro análises (como se demonstra na presente tese que busca analisar a teoria democrática, a democracia com ativa participação popular dentro e fora das instâncias institucionais e a judicialização da política como litígio estratégico de construção do significado da Constituição – como *processos macro*; e a positivação do direito ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uma realização democrática – análise de *processos micro*). A área de concentração é particularmente orientada para questões de inclusão, razão pela qual a integração de minorias e grupos vulneráveis dentro de uma tutela estável da Democracia se constitui como uma preocupação presente.

A proposta foi desenvolvida dentro da linha de pesquisa “A função política do Direito”, por ser um campo que prioriza a abordagem crítica das instâncias oficiais no âmbito do Direito, permitindo um desapego aos postulados em prol da prevalência de uma base de Justiça amparada na Constituição. Essa linha de pesquisa prioriza a compreensão de que Direito e Política não estão em oposição, mas em situação de tensão dialética (Direitos Humano-fundamentais e Democracia) e com recortes epistemológicos que possibilitem que a área de concentração “Justiça e Exclusão” seja analisada dentro da irreduzível função política do Estado (que na presente tese é contextualizada especialmente nas figuras do Estado-Juiz e Estado-Legislator, pensando nas dimensões que ambos possuem para construção da Democracia) com vistas à promoção de processos de inclusão de minorias e grupos vulneráveis.

No que se refere à hipótese da pesquisa, a presente tese busca demonstrar que as Cortes Constitucionais (por meio do litígio estratégico e como catalisadora de demandas historicamente construídas no seio social) possuem legitimidade democrática no atual estágio do constitucionalismo para positivar direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional na ocorrência de omissão Parlamentar sobre a matéria e mediante a presença de elementos democráticos que suportem a decisão sustentada pela hermenêutica constitucional – não por uma supremacia própria da Corte, mas por força da *supremacia constitucional* e da *constelação de valores e princípios* que ela comporta

e que legitimam a luta democrática-social por reconhecimento. Assim, busca defender que esses direitos positivados, ao atenderem requisitos mínimos de integridade, coerência e signifiquem avanço para o sistema jurídico, para o constitucionalismo e para o próprio Estado Democrático de Direito por permitirem uma ampliação dos espaços de deliberação de temas democráticos e permita a qualificação dos debates sociais, passam a gozar (do princípio) de proteção contra o retrocesso de direitos.

A tese correlaciona esse princípio como aplicável diante do efeito *backlash* (manifestação popular e legislativa) passando a figurar como um direito/tema ainda que seja cabível no debate público (visto que a discordância e o dissenso são dinâmicas esperadas em sociedades plurais), devem partir do flanco alcançado pelo consenso provisório (seja uma decisão legislativa, executiva ou judicial) para que o tema seja objeto de debate e, potencialmente, considerando os direitos humano-fundamentais, objeto de avanço (gerando um pertencimento e aceitação maior por parte da sociedade).

É uma hipótese da tese considerar se é possível que a função política do Direito, presente no reconhecimento constitucional de direitos fundamentais por Cortes Constitucionais, pode ser compreendida como parte benéfica do processo de autoaprendizagem/autoaperfeiçoamento e adaptação da Democracia. Essa investigação busca compreender se é possível aferir que esse fenômeno se constitui como uma resposta aos desafios do Estado Democrático de Direito que deve considerar, de forma coerente e íntegra: Democracia, Constituição, Minorias e Direitos Humanos.

Quanto à Metodologia adotada na pesquisa, a presente abordagem envolve a adoção de diferentes modalidades de pesquisa, dada a complexidade da questão. Assim, os procedimentos metodológicos se organizam de forma multimétodo, buscando integrar diferentes tipos de abordagem: exploratório-descritivo e jurídico-projetivo (ou jurídico-prospectivo). A abordagem exploratório-descritiva se justifica por ter como principal objetivo a formulação de um conceito (ou seu esclarecimento), o estabelecimento de prioridades para futuras pesquisas; a obtenção de informações sobre possibilidades práticas de realização de pesquisas em situação da vida real (SELLTIZ *et al.*, 1974, p. 60). Essa abordagem utiliza a revisão bibliográfica e a análise documental de materiais de referência, como decisões judiciais, legislações e produções acadêmicas sobre o tema. A abordagem de pesquisa exploratória-descritiva proporciona, por sua vez, a visão geral acerca de determinado fato, realizada na presente pesquisa especialmente por se tratar de tema pouco explorado e, em razão disso, tornar-se mais

difícil, sobre os fenômenos considerados, formular hipóteses causais precisas e operacionalizáveis (GIL, 1999, p. 43).

O tipo jurídico-projetivo parte de premissas e condições vigentes para detectar tendências futuras de determinado instituto jurídico ou determinado campo normativo específico, correlacionando dados *inter* e *transdisciplinares* para montagem de cenários jurídicos, atuais e futuros (GUSTIN, 2006, p. 29-30). A pesquisa também perpassa por decisões em matéria de controle de constitucionalidade, buscando descrever fundamentos normativos e principiológicos que identifiquem o alcance de uma decisão hermenêutica e constitucionalmente construída e que, por essa razão, atendam às exigências democráticas para que essa decisão possa ser blindada com o princípio da vedação ao retrocesso.

O desenvolvimento da pesquisa proposta requer, portanto, consoante o marco teórico adotado, o emprego do instrumental reconstrutivo próprio da teoria discursiva sobre o conceito de Democracia, função política do Direito, das narrativas do efeito *backlash*, da teoria dos princípios e valores constitucionais, dos direitos humano-fundamentais e uma proposta de Democracia crítica e ativa mediada pelos poderes constituídos (como as Cortes Constitucionais). A reconstrução dos argumentos identificados como críticos nos discursos selecionados busca identificar os riscos, possibilidades interpretativas e consequências normativas das decisões da Corte Constitucional pertinentes. Combina pontualmente o estudo de casos (decisões paradigmáticas), revisão teórico-bibliográfica e análises comparadas.

Campo de observação: jurisdição constitucional sobre o reconhecimento dos direitos de minorias e grupos vulneráveis (com foco nas uniões homoafetivas), a construção dos movimentos identitários como elemento dinâmico de mudança nos paradigmas socioculturais e as movimentações do Legislativo marcadas pelo efeito *backlash* na busca de retrocessos reacionários. *Instrumentos para coleta de dados:* consulta à bibliografia nacional e internacional, bem como às decisões de Cortes constitucionais (nacional e internacionais), estudos de casos (decisões dentro da jurisdição constitucional), estabelecimento de categorias de filtragem (por exemplo, nas abordagens históricas, adotar recortes referentes a transformações sociais no conceito de família, permitindo identificar a paulatina flexibilidade e incorporação de modelos não tradicionais *heterocentros*) e identificação de elementos configuradores da decisão judicial oriunda das Cortes que atendam requisitos democráticos e hermenêuticos

básicos que habilitem a decisão como instrumento de positivação de direitos fundamentais.

Crítérios para análise de dados: decisões judiciais e movimentos sociais que envolvam os direitos de minorias e grupos vulneráveis sobre uniões civis (uniões homoafetivas). Leis e projetos de leis marcados pelo efeito *backlash* para retroceder direitos e garantias constitucionalmente reconhecidas pelo STF (ou outra Corte constitucional estrangeira) e as uniões homoafetivas. Analisar decisões das cortes constitucionais (no Brasil e na experiência estrangeira) em matéria de controle de constitucionalidade que amparem a adoção do princípio da vedação ao retrocesso de direitos reconhecidos por essas cortes como resposta à omissão ou à discriminação legislativa ou valores que se aproximem desse princípio.

A Parte I da proposta de tese localiza, tendo como foco a Democracia, os Poderes Constituídos e a Teoria de Separação dos Poderes na dinâmica das democracias contemporâneas. A discussão teórica sobre a concepção de Democracia inicia sua abordagem localizando o princípio democrático no discurso jurídico, demonstrando o suporte jurídico da Democracia nos documentos nacionais e internacionais, de forma expressa ou implícita, apontando para a relação da Democracia com uma dialética de transformação. Apresenta-se, também, a teoria constitucional contemporânea, apontando para as fragilidades das narrativas de adoção da teoria clássica da separação de poderes no contexto contemporâneo de sociedades plurais. Essa etapa da demonstração também foca na crise de representatividade no contexto brasileiro, bem como na necessidade de contestação do Parlamento como única arena de deliberação e de participação popular em razão de fragilidades e limitações presentes na realidade. Esse diagnóstico não se presta a negar o valor do Parlamento enquanto poder constituído e democrático, mas destaca a importância de reler certas teorias políticas a partir de uma sociedade real e não idealmente considerada. A primeira parte finaliza a abordagem com a contextualização das narrativas de *backlash* no contexto brasileiro e internacional, como um fenômeno democrático (a manifestação do dissenso) e seu potencial para propostas antidemocráticas em seu conteúdo ou resistência diante dos fenômenos de progresso social.

A Parte II da presente tese centraliza a discussão no âmbito da exclusão sofrida por minorias e grupos vulneráveis, tanto dentro de uma perspectiva jurídica quanto social, bem como evidencia a relevância das lutas sociais em diversas frentes para o alcance de direitos e do reconhecimento do sujeito e suas relações afetivo-sexuais. Essa

etapa da demonstração aponta as diversas experiências estrangeiras para demonstrar que a judicialização da política, mais que uma questão pontual é um fenômeno global de reconhecimento dentro das discussões democráticas sobre as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fechamento dessa segunda parte aponta para a preocupação com a relação entre o risco de *backlashes* e o avanço de movimentos conservadores reacionários e fundamentalistas em contextos de crise.

A principal função da segunda parte da tese é levantar (como um quase-inventário) o processo de luta, de dialéticas sociais e de consolidação de uma cultura jurídico-política de reconhecimento das uniões homoafetivas, bem como de um abandono de uma visão limitada e imutável de família. A proposta, assim, busca mostrar que a possível “crise” da Democracia se dá por conta da percepção de uma sociedade plural que se empodera, e de que o modelo liberal elitista de representação limitado apenas em “elites” ou “experts” não é mais suficiente para atender as demandas sociais. Assim, a Democracia legitima o uso estratégico de ferramentas constitucionais para ampliar as arenas de debate e reconhecimento.

A Parte III resgata uma análise sobre constitucionalismo (político e jurídico) e teorias democráticas (procedimentalistas e substanciais) para destacar a necessidade de um constitucionalismo democrático e uma democracia (verdadeiramente) constitucional. Demonstrando a função política do Direito dentro de uma construção democrática, que concilie diferentes liberdades sem aniquilar existências, propõe-se uma mediação dos poderes constituídos para que a sociedade colabore, a partir de consensos mínimos estabelecidos (por exemplo, pela jurisdição constitucional), sobre os significados da CRFB/88. As reflexões apontam para a transformação das arenas jurídicas em novos espaços democráticos de participação, com um papel de protagonismo das Cortes (e sua missão) em situações de risco de *backlash*. Como exemplo paradigmático, a terceira etapa da tese, para tanto, promove uma *abordagem descritiva* do caso de *backlash* ocorrido em Bermudas⁵.

⁵ A esse respeito foram poucas as publicações de caráter acadêmico sobre o tema, constituindo-se em sua maioria em notícias em jornais, mas em regra apenas descritivos sobre a situação sem uma apreciação jurídica e social. Trata-se de um caso emblemático que ainda não recebeu a devida atenção da produção acadêmica brasileira e mesmo mundial. Por certo o Brasil não possui relações muito próximas com Bermudas, mas elementos ali presentes podem facilmente configurar paralelos com a realidade nacional. Numa perspectiva prospectiva a análise da questão traz luz aos fenômenos testemunhados no país, a vulnerabilidade dos grupos minoritários e a observância da segurança jurídica como um argumento de proibição de retrocesso. Há um reconhecimento da Suprema Corte das Bermudas pela constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas, após uma movimentação de grupos conservadores nas ilhas, acontece a produção de uma legislação parlamentar (Poder Legislativo democraticamente eleito) motivada por um referendo popular anterior (chancelando a opção legislativa – no que poderia ser

Por fim, a *questão de pesquisa* que permeia a presente tese está amparada nas hipóteses já mencionadas, a saber, questionar: o reconhecimento de direitos e garantias pelas Cortes Constitucionais como litígio estratégico de minorias para tutela da dignidade da pessoa humana e reconhecimento de direitos pode ser identificado como uma perspectiva de construção democrática? Considerando-se as movimentações políticas de retrocesso e conservadorismo, esse reconhecimento de direitos e garantias constitucionais pode ser revogado pelo efeito *backlash* do legislativo de forma legítima (em uma análise das teorias da justiça que comportam um Estado Democrático de Direito)? É possível adotar, com legitimidade democrática, o princípio da vedação ao retrocesso de direitos com base na positivação das decisões oriundas das Cortes Constitucionais em matéria do direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas?

reconhecido como exercício do Poder Constituinte) que configurou o primeiro ato de revogação do direito ao casamento igualitário no mundo. Como ato reflexo a Suprema Corte declarou a nova norma inconstitucional em seus aspectos de retrocesso, questão posteriormente confirmada (pela Corte de Apelação), o que implica refletir se seria essa interferência judicial ilegítima, se ativismo judicial estaria ferindo o jogo democrático ou, na verdade, se estaria preservando-o. Cabe observar que uma análise se dá, de forma mais detida, no Capítulo XI.

PARTE I – DEMOCRACIA: Poderes constituídos, participação e desconfiança.

Que fazer, então? Deixar de considerar a democracia como um dado adquirido, definido de uma vez e para sempre intocável. Num mundo que se habituou a discutir tudo, uma só coisa não se discute, precisamente a democracia [...]. Pois eu digo: discutamo-la, meus senhores, discutamo-la a todas as horas, discutamo-la em todos os foros, porque, se não o fizermos a tempo, se não descobirmos a maneira de a reinventar, sim, de a re-inventar, não será só a democracia que se perderá, também se perderá a esperança de ver um dia respeitados neste infeliz planeta os direitos humanos. E esse seria o grande fracasso da nossa época, o sinal de traição que marcaria para todo o sempre o rosto da humanidade que agora somos.

José Saramago, em *Da estátua à pedra e discursos de Estolcomo* (2013)

Capítulo I. O PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA NO DISCURSO JURÍDICO

Nascemos em uma era sombria fora do tempo devido (para nós). Porém, há este consolo: de outro modo não saberíamos, ou muito amaríamos, o que amamos. Imagino que o peixe fora d'água é o único peixe a ter uma noção da água.

J. R. R. Tolkien, na *Carta 52* para seu filho Christopher (09 de nov. 1943).

A compreensão da legitimidade da positivação do direito de constituir família para os casais homoafetivos via controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF) e sua blindagem pelo princípio democrático⁶, propostas na presente tese, envolvem questionar qual é o papel da Democracia no século XXI, cabendo analisar o que esta significa. Hoje, várias “visões” ou formatos da Democracia se colocam em pauta como a “Democracia Participativa, a Democracia Ecológica, a Ciberdemocracia, a Democracia Econômica, entre outras propostas”⁷ bem como a possibilidade de uma “Cidadania Democrática Global”, buscando contemplar e discutir a Democracia em uma perspectiva multifacetada e dinâmica considerando os direitos humanos⁸. Se o Estado Constitucional Moderno foi construído para existir soberano (dentro de seu território) e *conflitivamente* com outros Estados, o (novo⁹) papel da Democracia, como se faz necessário na atualidade, implica a adoção de um novo modelo de Estado, que seja “mediador das relações políticas, sociais e econômicas locais e regionais com aquelas globalizadas, ou mundializadas” (CRUZ, 2009, p. 115). Se um novo modelo de Estado não é possível, talvez as teorias críticas de fundamentação do Estado e da Democracia mereçam atualização e releitura, ou (re)valorização da participação social na construção de uma Democracia crítica via cidadania ativa.

Conflitos contemporâneos (sejam eles ideológicos, políticos, culturais, entre outros) demandam uma releitura teórica e de fundamento para além das óbvias concepções que a eles são atribuídos. Hoje a ideia limitada de democracia como uma dimensão meramente representativa não parece mais ser satisfatória. A questão, todavia, não é ignorada pelas reflexões filosóficas que criticam a visão (muitas vezes

⁶ Princípio esse que ampara e está amparado pelo fundamento da vedação ao retrocesso e progressividade dos direitos fundamentais

⁷ A tese não se desdobrará sobre nenhuma dessas “modalidades” ou “classificações” de Democracia em particular, mas analisará essa complexidade da Democracia no contexto contemporâneo, impelindo as considerações para diferentes pontos de vista buscando um contexto atualizado de Democracia para o século XXI.

⁸ A pesquisa se orienta nesse sentido quando desenvolve um diálogo com as experiências estrangeiras, buscando identificar fundamentos comuns de proteção democrática no reconhecimento desse direito para minorias.

⁹ A reflexão se trata realmente de uma nova democracia ou apenas uma (re)leitura da teoria democrática se desenvolve no decorrer das análises.

corroboradas pela “política oficial”) que considera que a população deve(ria) delimitar sua ação política às eleições representativas a cada x anos, sendo a política uma prática que compete, exclusivamente, a uma casta de políticos profissionais, e a população, nesse sentido, deve(ria) aceitar que não é um sujeito político por si, mas apenas por representação e ainda sob muitas restrições (MAYOS, 2014a).

A pesquisa se desenrola demonstrando como a participação democrática está além de mecanismos tradicionais ou institucionalizados, mas partindo de uma ação multidirecionada para que, de fato, se construa uma Democracia com a participação das minorias (e da sociedade em que elas estão inseridas) a partir de valores como igualdade, liberdade e ressignificação da participação política.

Como faz parte do conhecimento comum, a palavra *democracia* é oriunda da Grécia Antiga, sendo digno de nota que Aristóteles não a via com bons olhos¹⁰. O filósofo a considerava como uma forma degenerada de governo, concebendo-a como o mau governo dos muitos. As raízes gregas da palavra significam “poder” (*kratos*) “do povo” (*demos*), sendo o poder do povo, o poder dos cidadãos. Assim como qualquer sistema, a Democracia tem problemas, sendo possível apontar que são sistemas políticos em que o povo manda, mas como se atribui esse poder ao povo e quem é esse povo são questões importantes a se considerar (RICHTER MORALES, 2013).

Tais aspectos estão ligados com o tema da soberania popular, assunto que, a despeito de não ser novo, também não se configura como descartável dentro dos debates contemporâneos que exigem a compreensão do exercício do poder político, sua origem e sua legitimação. Especialmente nas Democracias representativas contemporâneas, a soberania popular parece referir-se unicamente às condições de legitimidade (e uma presunção de justificação) de decisões, governos e da própria Constituição¹¹ das comunidades políticas. Pode-se também estabelecer que a Democracia, na

¹⁰ Ao traçar essa observação não se está tentando afirmar que a democracia é axiologicamente melhor que os outros governos, mas é importante destacar que a crítica aristotélica da democracia (que àquela época estava bastante identificada com um tipo específico de demagogia) pode ser revisitada novamente, observando o contexto contemporâneo, com a ascensão de grupos conservadores e reacionários. Hoje as sociedades modernas (ou pós-modernas) desconfiam da democracia quando se percebe que as técnicas de autocontenção política não impedem que as estratégias procedimentais evitem a tomada de decisões “ruins”. É nesse sentido a proposição do *Ulisses acorrentado* de J. Elster e a eleição de *outsiders* políticos (com discursos e práticas antidemocráticas) como Donald Trump, nos EUA, e Jair Bolsonaro, no Brasil.

¹¹ O contexto de primazia constitucional e sua importância como elemento fundamental da compreensão do sistema jurídico nacional na perspectiva da (in)admissibilidade da vedação ao retrocesso na tutela de garantias fundamentais (e mesmo dos direitos humanos) se encontra presente na Parte III da presente Tese.

contemporaneidade¹², não deve ignorar a existência de minorias e grupos vulneráveis que lutam pela visibilidade de suas pautas e que devem ser considerados na condução dos assuntos estatais e sociais. Nessas circunstâncias, um dos aspectos mais relevantes é a legitimidade democrática das discussões e construções jurídicas feitas a partir do controle concentrado de constitucionalidade em sede decisória do Supremo Tribunal Federal¹³, quando, soando paradoxal, não há *participação popular* em uma leitura tradicional.

Não se nega o avanço teórico nas Democracias no sentido de resgatar a deliberação racional dos cidadãos no processo político (com componentes como o reconhecimento da autonomia política e ampliação da igualdade formal), entretanto, as teorias deliberativas continuam sendo objeto de críticas. É possível evidenciar, como feito por Pereira, que a ênfase no consenso foi percebida como um “eclipse” de outras modalidades participativas (que não se limitam aos espaços de partilha decisória), visto que tais modalidades poderiam aprofundar a Democracia em sociedades contemporâneas (PEREIRA, 2012, p. 69)¹⁴.

Compreender *o que é a Democracia*, portanto, é um aspecto que perpassa toda a presente análise. Não é preciso muito para perceber que a “ideia” da democracia é aparentemente muito difundida, mas pouco compreendida. Há diversos conceitos sobre o assunto e pouco consenso para uma “ideia” que se pretende tão universalista (ao menos do ponto de vista da cultura ocidental). Partindo-se do reconhecimento de que a Democracia (e a participação democrática) se constitui como um direito (humano)

¹² Essa insatisfação com a visão “tradicional” do jogo democrático justifica nos últimos anos uma intensificação de novos movimentos sociais e a insistência quanto à concepção que a cidadania não se resigna a essa situação subordinada (sofrendo suas consequências sem ser realmente escutada no contexto das crises) e está impulsionando o desejo por uma profunda reforma da política oficial. O conjunto da população quer empoderar-se verdadeiramente da política, dando-lhe um novo e superior nível de Democracia (MAYOS, 2014a). A *cidadania efetiva* (com o gozo pleno dos direitos e participação ativa na política) se coloca cada vez mais como elemento da Democracia, nesse sentido.

¹³ No sistema jurídico brasileiro o controle de constitucionalidade é difuso e concentrado. Ainda que se reconheça que uma parcela das análises feitas na presente tese pode ser utilizada para a leitura do controle difuso de constitucionalidade o foco de análise é o tempo todo o controle concentrado pela razão de se tratar de uma discussão em sede de Tribunal Constitucional com uma relevância democrática visível e, por isso mesmo, com legitimidade de blindagem dos direitos fundamentais reconhecidos nesse processo constitucional com o reconhecimento simultâneo da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais – princípio esse oponível mesmo diante da vontade popular momentânea representada diretamente (manifestações públicas) ou indiretamente (via Parlamento ou Executivo) reconhecendo-se em qualquer uma dessas modalidades de manifestação manifestos *backlashes* sem legitimidade democrática.

¹⁴ A qualidade dessa participação e o real efeito que elas têm sobre a realidade democrática também demandam considerações pertinentes. De início é preciso esclarecer que não se adota, nas abordagens que se seguem, uma visão utópica e otimista da participação popular como ferramenta de legitimação de certas opções do jogo político e, igualmente, busca-se evitar uma visão pessimista e cerceadora da importância da participação popular na construção da Democracia.

fundamental, é perceptível que optar por uma visão muito restrita é insuficiente para responder demandas cada vez mais complexas¹⁵.

Essa aparente (e equivocada) sensação de senso comum (teórico e não teórico), que crê estar consciente do teor do significado da democracia, existe, em parte, pela grande influência da herança cultural grega, especialmente sua filosofia, na construção do Ocidente¹⁶. A Democracia possui inegáveis raízes gregas no século VI a.C. (ideológicas ao menos¹⁷), mas é igualmente incontestável que em suas (re)formatações modernas e contemporâneas ela apresentou (e apresenta) variadas formas em lugares e momentos diferentes. A contemporaneidade vive(u) uma dimensão de expansão da Democracia no plano global (como um direito humano fundamental), entretanto seu projeto (e processo) de implementação e consolidação se mostrou como “não linear” em países (como os da América Latina¹⁸ e do Leste europeu¹⁹) de *modernidade tardia* (ALBUQUERQUE, 2013, p. 17)²⁰.

A necessidade de se olhar a individualidade brasileira – o que motiva, dessa forma, (re)visitação e (re)leitura da Democracia na lógica nacional –, dotada de

¹⁵ Para um maior aprofundamento sobre a Democracia como um direito fundamental, sugere-se a leitura de *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental* (2013) de autoria de Fernando de Brito Alves.

¹⁶ Essas considerações têm como base as contribuições de Marcelo Maciel Ramos, que em sua obra *Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental: dos gregos aos cristãos*, estabelece que os elementos culturais matriciais responsáveis por moldar o Direito no Ocidente foram construídos a partir das reflexões éticas gregas, o direito romano e a ética cristã (2012). Assim, é possível dizer que a noção de Ocidente transcende aspectos geográficos para amoldar-se culturalmente (especialmente pensando na cultura jurídica) e edificado, portanto, em três pilares: filosofia grega, direito romano e religião cristã.

¹⁷ Em resumo, pode-se dizer que as propostas básicas da democracia grega ainda continuam presentes, como a igualdade entre os cidadãos (mesmo que o conceito de cidadãos seja hoje formal e materialmente menos excludente), a liberdade dos cidadãos (que se aplica, a *priori*, a todos os indivíduos contemporaneamente), respeito à lei e à justiça (com a limitação do poder do soberano – seja um monarca ou o Estado à primazia constitucional e ao princípio da legalidade, entre outros, como elementos condicionantes e limitadores).

¹⁸ O histórico de esgotamento das ditaduras militares na América Latina (instauradas nas décadas de 60 e 70) foi grandemente responsável pela interpretação/visão particular da democracia como um projeto ainda inacabado.

¹⁹ Nesses países a queda do regime comunista (por volta dos últimos 25 anos do século XX) exerceu forte influência em sua experiência democrática particular.

²⁰ Shmuel N. Eisenstadt defende, de modo alternativo, a noção de *modernidades múltiplas* para explicar as diferentes visões de organização social no mundo contemporâneo e contrário às visões tradicionais adotadas no discurso acadêmico. Sua proposta contraria as teorias “clássicas” da modernidade, uma vez que elas assumem que o programa cultural da modernidade desenvolvidos na Europa e as instituições daí resultantes se expandiriam para o mundo. A realidade histórica, segundo Eisenstadt, refutou tais premissas apontando para a identificação de arenas institucionais estruturalmente diversas em diferentes sociedades e que variavam em definição e organização, revelando múltiplos padrões institucionais e ideológicos. Segundo o autor, os “choques” de cultura que resultaram nessa configuração de modernidades múltiplas são visíveis com as configurações da modernidade na América Latina e Oriente, além de uma leitura dos EUA em sua própria concepção como referencial de modernidade (EISENSTADT, 2001). Então, é possível pensar em termos de *modernidades múltiplas* e não necessariamente tardias.

características únicas e marcada pela assimilação de ideias estrangeiras, é salutar, por se tratar de uma realidade de contradições. Roberto Schwarz, em suas reflexões sobre *As ideias fora do lugar*, destaca as contradições do processo de modernização do Brasil, desde a época do império, com a importação de ideias europeias e estadunidenses que não encontravam aqui o ambiente apropriado. O autor menciona a contradição da escravidão e a importação de valores (e institutos) liberais que, incompatíveis, originaram um padrão particular no Brasil, gerando (até mesmo no plano institucional) uma coexistência estabilizada. Tratava-se de uma combinação instável, facilmente degenerável em hostilidades e críticas. Como resultado, a modernidade no Brasil é um fenômeno complexo, por criar um disfarce aos antagonismos de classe, a adoção de um discurso importado (abraçando as ideologias mundiais) que é vazio de sentido. O País é marcado por “dualismo e factício – contrastes rebarbativos, desproporções, disparates, anacronismos, contradições, conciliações” (SCHWARZ, 1992, p. 09).

As democracias contemporâneas estão sofrendo transformações nem sempre positivas. Ainda que se acredite haver um impulso natural da Democracia em se *autoaperfeiçoar* e progredir, não são poucas as ocorrências, abertamente ou não, de crise das democracias²¹. Muito do que se analisa é a tentativa de implosão da Democracia, utilizando-se de instrumentos democráticos, mas no intuito de favorecer interesses particulares de ditadores (não declarados). Nesse sentido, fala-se muito da (ameaça de) morte de democracias como real retrocesso e que recebe ainda uma tímida atenção das pesquisas²².

Qualquer abordagem crítica sobre a Democracia (especialmente, que não se pretenda superficial ou pontual) deve considerar que ela ocupa um lugar de centralidade na ideia de soberania popular (GROFF; PAGEL, 2009, p. 55), de modo que a recíproca também é verdadeira. Em certa medida, soberania popular e Democracia são valores e princípios que se justificam. Democracia e soberania popular passam a ser marcos importantes para as análises que se desenrolam nas reflexões constantes da presente

²¹ Além disso, o estudo sobre as crises das democracias (especialmente as ocidentais) tem despertado muito interesse para autores estadunidenses e brasileiros. No caso brasileiro, o interesse passou a ocupar as principais pautas a partir de 2013, “período em que temos vivido com a sensação permanente de que algumas coisas estão fora de lugar em nosso sistema político”. Nas palavras de Jairo Nicolau “é fundamental aprender sobre os riscos enfrentados pelas democracias tradicionais” (NICOLAU, 2018, p.07).

²² Nesse aspecto é provocativa a obra *Como as democracias morrem*, de Steven Levitsky & Daniel Ziblatt (2018) que tratam dessa questão usando como objeto de análise a democracia norte-americana (estadunidense) que hoje é tida como ameaçada e com movimentos de retrocessos contra os avanços democráticos historicamente construídos.

tese, pois a qualidade da participação democrática e os limites de uma soberania popular da maioria balizam elementos salutares quando se buscam fundamentos para limitação do *Efeito Backlash* em defesa dos direitos humano-fundamentais de minorias e de grupos vulneráveis.

O tema, por certo, é desafiador, pois envolve refletir a partir de questões complexas da teoria clássica e que, considerando a complexidade da realidade, demanda uma (re)leitura atual. Especialmente nas sociedades democráticas contemporâneas, os limites e as ambiguidades da soberania popular envolvem questionar a teoria de legitimação (e constituição) da autoridade pública. A partir daí, é interessante o destaque que o problema da soberania popular e seus limites no âmbito da Democracia revelam uma tensão entre a representação política e o autogoverno do povo. Assim, é preciso entender que a soberania popular define o poder constituinte e o poder constituído nas sociedades democráticas, perpassando por entender e reconhecer (os limites d) a representação como uma relação que seja capaz de atender aos anseios e demandas populares²³. Nas democracias representativas, encontram-se, particularmente, muitas contradições e desafios, o que cabe refletir sobre os interesses envolvidos, as ideias, as perspectivas e as narrativas, levando a questionar qual seria o sentido da própria soberania nas sociedades democráticas representativas (ROSA, 2017, p. 11-12)²⁴.

A partir desse aspecto (procedimentalista), a Democracia se desenvolveu como método para escolha de elites políticas (elitismo democrático) dentro das regras do jogo eleitoral, o que passou a afastar a participação popular na vida política focando-se na

²³ A preocupação se justifica essencialmente por conta das minorias marginalizadas e invisibilizadas. A Democracia pressupõe o governo do povo e a soberania popular, mas mesmo sendo inegável que nem um nem outro são isentos de imperfeições, há uma verdadeira *demonização* de ideias que busquem limitar racionalmente esse tipo de poder ou mesmo questioná-lo.

²⁴ O século XX testemunhou debates relacionados à instrumentalização da Democracia (especialmente com o final da II Guerra Mundial), mas o avanço e consolidação da Democracia liberal pela Europa e América acabaram por silenciar essas preocupações, consolidando-se como modelo hegemônico, donde afirmou-se a “democracia como uma forma política, e da eleição de representantes como a única viável”. A discussão sobre a existência de condições estruturais para sua implementação igualmente perdeu forças após os anos de 1980, “com a expansão da democracia liberal para o Leste Europeu e a América Latina” (GASPARDO, 2018, p. 67). Cabe, entretanto, criticar severamente se a Democracia se limita ao processo eleitoral e se é unicamente resultado desse processo, bem como questionar se o “povo” seja obrigado a arcar com o custo de suas escolhas nas urnas até o próximo processo eleitoral sem participação efetiva (ou seja, isso tornaria a Democracia puramente um procedimento de escolha de representação). Além disso, é preciso destacar que eleição (enquanto processo que não precisa ter vínculo com exercício de função política e se dá por meio de voto e de escolha de determinados valores, propostas ou pessoas) não pode ser confundido com representação (enquanto estrutura para realização do poder político), bem como não podem ser confundidos com Democracia (TEIXEIRA, 2016, p. 26-27).

“escolha de líderes”²⁵. Como é possível observar, a Democracia como um governo “do” povo, passou a ser compreendida como um governo aprovado “pelo” povo. O cenário político abandona sua via “participativa” para se tornar uma arena de “luta competitiva pelos votos da população” que escolhe sua liderança, não mais governando, mas escolhendo, aceitando ou recusando “pessoas designadas para governar” (GASPARDO, 2018, p. 68)²⁶.

Essa lógica liberal (procedimentalista) enxerga a Democracia e o processo eleitoral como uma dimensão do mercado em que a “livre” concorrência entre candidatos e partidos disputam entre si as preferências e os votos do eleitorado, por meio da aprovação majoritária. Carole Pateman, ao analisar a participação na teoria democrática, afirma que, se comportando como consumidores, “os eleitores escolhem entre as políticas (produtos) oferecidas” por “políticos rivais” (como se fossem empresários) e, nessa dinâmica, são os partidos políticos que regulam a competição eleitoral, da mesma forma que associações comerciais regulariam a competição entre os fornecedores de produtos ou serviços (PATEMAN, 1992, p. 13).

Percebe-se que existem elementos caracterizadores da Democracia (neo)liberal que são, simultaneamente, aspectos de sua própria contradição, o que implica considerar uma visão crítica quanto ao conceito de Democracia (e da leitura do regime democrático). Marilena Chauí afirma ser a Democracia existente na tradição do pensamento democrático, modelada pelo mercado e sobre a desigualdade socioeconômica, como a configuração de uma *farsa bem-sucedida*, pois os mecanismos por ela estruturados impossibilitam (intencionalmente) a efetiva democracia (CHAUÍ, 2011, p. 148).

Para a filósofa, o significado de Democracia, na tradição do pensamento democrático, envolve “a) igualdade, b) soberania popular, c) preenchimento das

²⁵ Segundo Gaspardo, a lógica liberal (como teorizada por Kelsen) via a democracia como “determinada pelo valor da liberdade, enquanto a igualdade restringir-se-ia ao aspecto político formal”. Nesse sentido, a “democracia seria o governo do povo”, havendo muitas maneiras de se definir o que é interesse do povo, de maneira que o bem comum não seria “objetivamente determinável”, podendo apenas ser “formalmente definida, como método (que poderia variar)”. Também, à luz dessa lógica, se instrumentalizaria a Democracia por um governo com participação direta ou indireta do povo, ou seja, guiado “pelas decisões majoritárias de uma assembleia popular” ou “por um corpo ou corpos de indivíduos, ou até mesmo por um único indivíduo eleito pelo povo” (GASPARDO, 2018, p.67).

²⁶ Em mesmo sentido, Daniel Held parece compreender que, no que se refere à participação, “a democracia não significa e não pode significar, que o povo governa ou qualquer sentido óbvio dos termos ‘povo’ e ‘governo’”. Assim, a Democracia, em uma leitura procedimental, “significa apenas que o povo tem a oportunidade de aceitar ou recusar os homens que os governam” (HELD, 1987, p. 151). Seria, hoje, o momento de pensar a Democracia como um governo, de fato, “com” o povo e “para” o povo – ainda que existam ressalvas quanto a existência de um *povo*.

exigências constitucionais, d) reconhecimento da maioria e dos direitos da minoria, e) liberdade [...]” (CHAUI, 2011, p. 148). Segundo a autora, tais características destacam a fragilidade da Democracia nas dinâmicas capitalistas.

Nesse sentido, a ideia de poder soberano do povo que coloca o Estado como seu mandatário (por meio do exercício do voto) é uma percepção limitada do que deve ser compreendido como Estado Democrático, como Democracia e como “soberania popular”. Observe que, não de hoje, o modelo de Estado que se apresenta na contemporaneidade postula a titularidade do poder constituinte no povo, mas por um exercício limitado (agindo o Estado apenas por delegação popular) e com efeito limitado, de forma que o exercício estaria adstrito exclusivamente para a criação de uma Constituição²⁷, vinculando-se o povo a esse documento, não havendo espaço para “contraposição entre soberania popular e soberania da [C]onstituição” (PIÇARRA, 1989, p. 197)²⁸.

À luz de tais críticas, cabe destacar que a análise da Teoria Democrática envolve discorrer considerações pontuais sobre os direitos fundamentais²⁹, pois aproveita-se do seu “substrato teórico para a compreensão das relações de direito e dever no âmbito social, permitindo [...] cobrar dos responsáveis direitos constitucionalmente assegurados” (ALVES *et al.*, 2016, p. 37). Especialmente na compreensão dos direitos humano-fundamentais no sistema jurídico brasileiro e como se consolidou (ou não) a eficácia e aplicação desses direitos vertical e horizontalmente³⁰, tal aspecto não pode estar à margem da Teoria da Democracia, como se observa.

²⁷ Essas percepções tradicionais estabelecem o poder soberano do povo limitado em duas dimensões principais: a soberania popular como *poder constituinte*, que fundamenta o Estado, mas se limita à sua fundação e à promulgação de uma Constituição. Isso se faz (e posteriormente se renova) por meio da vontade popular que, mediante o voto (soberania popular como *escolha eleitoral*) e após delegar o poder aos escolhidos, deve suportar as consequências de sua escolha até a próxima eleição.

²⁸ Esse aspecto é particularmente relevante, pois a soberania constitucional (visto ser fruto do poder soberano constituinte popular) teria o condão de limitar o poder soberano popular, buscando proteger valores sacralizados no sistema jurídico diante de paixões populares de momento e seguindo os patamares mínimos positivados com o reconhecimento dos direitos humanos.

²⁹ Reforça-se que a abordagem das duas teorias é importante para a análise desenvolvida na presente tese doutoral. Não se está afirmando que as teorias nasceram juntas ou que se implicam mutuamente. Nas dinâmicas contemporâneas e à luz da doutrina nacional, entretanto, um Estado Democrático de Direito legitima os direitos fundamentais e é por eles legitimado. Nesse sentido, vale observar que para Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Caio Benevides Pedra “o caminho dos Direitos Humanos, na modernidade e na contemporaneidade, fez-se em contraponto ao caminho da Democracia. Andaram próximos, por vezes juntos, tangenciaram um ao outro. Mas não são caminhos iguais, que podem se reduzir um ao outro, do ponto de vista dos percursos efetivamente praticados” (2010, p. 05).

³⁰ Apenas com fins de esclarecimento, a eficácia vertical envolve a relação Estado-cidadão, a eficácia horizontal envolve a relação cidadão-cidadão-sociedade. Assim, não apenas o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas também outros cidadãos e a sociedade devem fazê-lo.

Considerando-se a relevância do princípio democrático na lógica de proteção das minorias e dos grupos vulneráveis (no sentido de garantir os direitos humanos vertical e horizontalmente) no contexto nacional, o presente capítulo objetiva: (i) analisar o princípio democrático no contexto da ordem internacional (dos direitos humanos), e, por conseguinte, a (re)visitação crítica das concepções da Democracia com direitos humano-fundamentais; (ii) contribuir para elucidação dessa lógica (democracia e direitos fundamentais) à luz do texto constitucional e sua primazia como fundamento do sistema jurídico nacional; e (iii) problematizar, de forma pontual, a Democracia em uma sociedade (cada vez mais) plural e que demanda uma contínua atualização da teoria democrática³¹.

Essa problematização se faz considerando a “(i) positividade dos direitos fundamentais e (ii) a relação entre eles e a democracia” (ALVES *et al.*, 2016, p. 37). Toda a análise, por isso, passa pela positivação³² da Democracia (nas dimensões nacionais e internacionais) e suas (possíveis) contradições na sociedade brasileira plural e (potencialmente) contraditória³³. O princípio e o fundamento da Democracia no discurso jurídico são associados à liberdade³⁴. A Democracia é o espaço político e juridicamente construído³⁵ para o exercício da liberdade do indivíduo e que implica,

³¹ O que se pretende não é, pois, adotar uma postura iconoclasta perante os elementos da cultura democrática ocidental, mas apresentar uma leitura crítica quanto às fragilidades que o discurso potencialmente demagógico pode implicar a efetivação da Democracia substancial, que não se apoia cegamente na representatividade eleitoral e na *poliarquia* que essa lógica implementa. Aqui a proposta é afastar cerceamentos institucionais do exercício legítimo dos direitos fundamentais e do gozo da Democracia como um direito fundamental, ainda que isso implique em limitar a liberdade dos poderes constituídos.

³² Vale o aviso inicial de que a presente análise adota a interpretação extensiva de positivação, considerando sua possibilidade não limitada ao reconhecimento da norma escrita oriunda do Parlamento exclusivamente, mas seu reconhecimento pelo sistema jurídico como um todo, o que inclui a interpretação judicial destacadamente das Cortes Constitucionais.

³³ Em alguma medida as considerações feitas à sociedade brasileira também poderão se estender para outras sociedades, sem qualquer pretensão universalista da análise, mas com a preocupação de uma contextualização mais teorizada sobre o tema.

³⁴ Bem como associados à igualdade e à solidariedade, como se apresenta nas Partes II e III.

³⁵ Como destacado por Fernando de Brito Alves, a Democracia é (sob a *liberal perspectiva política*) associada como uma “modalidade de regime político”, onde governantes são escolhidos por meio de eleições “honestas” para representarem seus eleitores. Entretanto, destaca o autor, é preferível (e essa tese acompanha a visão apresentada) que se adotem abordagens mais contemporâneas do que são os aspectos políticos da Democracia, no sentido de entendê-la “como sistema ou fórmula política”. Essa leitura da Democracia a entende como substantiva e com isso a percebe como constituída “por um conjunto de instituições e regras substantivas capazes de determinar a forma de distribuição de poder e organizar o Estado”, o que não pode ser limitado à ideia de participação popular por voto de tempos em tempos, ou mesmo de forma “extraordinária, pelas formas de exercício da soberania popular, previstas nas Constituições” (ALVES, 2014, p. 31-32).

como consequência lógica, a limitação dos poderes constituídos³⁶ que não podem, sem justo e razoável motivo, cercear o gozo de liberdades fundamentais³⁷.

1.1. Presença da Democracia nos documentos internacionais de Direitos Humanos

A abordagem da teoria democrática sob o viés dos tratados e normativas internacionais não se faz sem razão. Primeiramente, permite que se faça uma análise, ainda que pontual, da experiência alienígena em uma dimensão que transcende as particularidades nacionais (portanto, mais facilmente universalizáveis) e, por conseguinte, a vinculação do Estado Democrático Brasileiro com os tratados internacionais em que é signatário³⁸ contribui para a construção da interpretação jurídica contemporânea.

É salutar observar que as normas internacionais conquistaram significativo espaço e preponderância com a Globalização³⁹, mas há poucas formas de legitimidade⁴⁰

³⁶ Cabe destacar que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 (no original: *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) estabelece que não existiria Constituição em uma sociedade sem separação dos poderes e onde a garantia dos direitos não estivesse em segurança (conforme o Art. 16 da Declaração). A preocupação é clara em manter a salvo o exercício livre de direitos (de modo que a liberdade nesse exercício não possa ser ameaçada pelo Estado) e em estabelecer liberdade limitada do Estado (impedindo abusos), colocando a Constituição como elemento estratégico desse processo. A Declaração, ainda que seja um documento resultante da Revolução Francesa, se constituiu como um referencial jurídico e simbólico para a teoria jurídica democrática, para a constitucionalização de direitos fundamentais e da presença dos direitos humanos nos tratados internacionais.

³⁷ A presente tese confere especial importância ao exercício e fundamento da liberdade em constituir família, que foi sistematicamente negada aos casais homoafetivos e positivada no sistema jurídico nacional pelo controle concentrado de constitucionalidade do STF, em 2011, com o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e disso decorreu o direito ao casamento (via Resolução do CNJ em 2013). A tese observa (nessa Parte I) a insuficiência das teorias tradicionais sobre Democracia e espaços democráticos, para demonstrar que (na Parte III) a judicialização da política – como um espaço de representação democrática, se constitui em uma autocorreção do sistema constitucional-democrático para estabelecer, dentro do sistema de comunicação do Direito, uma demanda política construída socialmente no ambiente de lutas e movimentos sociais identitários como um fenômeno compartilhado por nações ocidentais (Parte II).

³⁸ Mesmo tratados que não contam com a participação do Estado Brasileiro serão indicados na análise da Democracia nos documentos internacionais, já que representam, como explicado, a experiência de outras nações sobre a temática. Cabe a ressalva, sempre importante, que não se está buscando a aplicação de teorias estrangeiras (europeias, norte-americanas ou outras) de forma mimética ou acrítica. Considerar a experiência estrangeira não ignora, per se, a compreensão de que países diferentes tiveram (e têm) construções históricas, econômicas e culturais próprias e a “importação” de teorias (ou experiências) poderia incorrer em “ideias fora do lugar”. Entretanto, considerar a atualização da teoria nacional à luz dessas outras realidades “não invalida a necessidade de construção de um referencial adequado à proposição de uma nova teoria da democracia que se aplique ao nosso contexto, ainda que seja inevitável, em aspectos específicos, o recurso a referenciais europeus ou norte-americanos, e aos paradigmas já consolidados” (ALVES, 2013, p. 120).

³⁹ Ainda que estudiosos reconheçam de forma consonante (convergindo suas análises) no sentido de que os direitos humanos ostentam um papel de destaque nos sistemas jurídicos atuais, há uma proposição de viés idealista ao se justificar a primazia desses direitos numa perspectiva científica. Muitas vezes a principal identificação do valor desses direitos são os casos extremos do século XX (DALLARI, 2018, p. 09). A violência bélica sem precedentes ocorrida no século XX (nazismo e bombas nucleares, por

com as *instituições que negociam e incorporam tratados e normas internacionais*. O Brasil, um Estado Democrático e com processos legislativos também democráticos, é um exemplo dessa dificuldade. Considerando a teoria do Direito Internacional, direitos e deveres internacionais dos Estados resultam apenas de sua vontade expressa ou tácita exercida de forma soberana, o que (em um cenário como o sistema de direito internacional) se configura como um tema sensível para análise (LUZ, 2015).

Considerando a experiência constitucional de outros países⁴¹, a presença dos direitos fundamentais (quanto ao conteúdo, titularidade, eficácia ou efetivação) passou por mudanças, o que, para fins de compreensão da mutação histórica envolvida, convencionou-se em reconhecer como as *dimensões de direito*⁴² (SARLET, 2012, p. 45). É possível observar que os direitos humano-fundamentais também são respaldados por critérios científicos bem como por outros saberes⁴³.

Essa internacionalização de direitos humano-fundamentais, ainda que de forma coordenada não unificadora, se manifestou nessa onda de reconhecimento com (i)

exemplo) impactaram a sociedade mundial, especialmente pela força da ampla disseminação das informações sobre tais acontecimentos. Os eventos do século XX *demonstraram a impossibilidade de o Estado seguir como unidade sistêmica básica de arranjos jurídicos, cuja validade e efetividade repousassem justamente no consentimento estatal* (DALLARI, 2018, p. 09-11). A segunda metade do século XX estabeleceu como características a luta por maior consolidação normativa dos direitos humano-fundamentais em uma perspectiva global de autoridade nos regimes internacionais de direitos humanos, identificando-se o fortalecimento, promoção e monitoramento desses direitos. Nesse aspecto, se verificou maior destaque no Sistema Regional Europeu e no Interamericano, bem como o reconhecimento de direitos específicos de minorias e grupos vulneráveis com a promoção, adoção de normas globais ainda que houvesse margem para exceções. Dentro desse cenário, mesmo que a passos lentos, houve avanço. No que tange à legitimidade dos direitos humanos, houve uma maior construção de princípios comuns que permitissem aproximar os diferentes sistemas, sem, no entanto, unificá-los, criando uma espécie de ordem supranacional como coordenação flexível de recomposição (como um direito dos direitos) buscando uma perspectiva que respeitasse a heterogeneidade das culturas (GOMES; LIRA, 2013, p. 166-167).

⁴⁰ Aqui no sentido de que tais instituições não possuem poder coercitivo, impositivo ou punitivo em um grau que a autoridade das normativas produzidas possa ser considerada de vinculação *inafastável*.

⁴¹ Considerando que as Constituições nacionais têm valor soberano especialmente para seu próprio sistema jurídico, cumpre esclarecer que não estamos incluindo as Constituições dos Estados como “documentos internacionais”, ainda que seja inegável seu valor para o direito internacional, ao ser elemento atinente ao reconhecimento da soberania dos Estados (ainda que não diretamente). Entretanto, como também o movimento da constitucionalização de direitos possui valor para a presente pesquisa, permitiu-se um comentário breve e pontual a esse respeito.

⁴² Considerando-se a farta bibliografia já produzida sobre as dimensões dos direitos humanos, não se dedicarão explicações sobre o assunto. Para um maior aprofundamento sobre as dimensões de direitos humanos, sugere-se a leitura da *Invenção dos Direitos Humanos: uma história*, de Lynn Hunt (2009) e ainda *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*, da autoria de Rafael Marcílio Xerez (2012).

⁴³ A dignidade da pessoa homossexual e o direito ao livre exercício de sua sexualidade saudável são elementos de desenvolvimento integral da pessoa humana. Hoje, Medicina e Psicologia, entre outros, contribuam para o saber científico do Direito, no sentido de afastar qualquer justificação biopsíquica da homossexualidade como doença ou como um aspecto antinatural. Considerando que a sexualidade e a orientação afetivo-sexual formam o indivíduo como condições permanentes, não há respaldo no Direito para tratamento discriminatório por uma característica que é parte do indivíduo, como seria o tom de pele ou raça.

riquíssima produção normativa internacional tendo como objeto os direitos humanos (o Direito dos Tratados⁴⁴); (ii) aumento do interesse de organizações internacionais para o tema de direitos humanos, bem como a criação de entidades/organizações com o propósito específico de promover e tutelar esses direitos⁴⁵; (iii) criação de mecanismos internacionais que fiscalizem (possíveis) violações e a responsabilidade (civil) dos Estados ou indivíduos e instituições sobre esses acontecimentos (violações); (iv) produção doutrinária intensa no âmbito internacional (o que inclui debates de cunho político e filosófico), incluindo análises jurídicas de dogmática geral e especial (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 35).

O processo de reconhecimento de direitos fundamentais, por meio da internacionalização, resulta na paulatina certificação da subjetividade pelo Direito Internacional, pois apenas quando se admite a possibilidade dessa admissão por parte da comunidade internacional de questões envolvendo indivíduos (membros, cidadãos), e não apenas Estados é que se faz possível a tutela internacional dos direitos humanos. A questão envolve reconhecer que se trata de um tema que transcende aspectos domésticos dos Estados⁴⁶, visto sua repercussão como problema internacional (PEREZ LUÑO, 2007, p. 41)⁴⁷.

Os documentos internacionais de Direitos humanos podem ser divididos entre as (i) Declarações de Direitos Humanos aprovadas pelo Brasil e (ii) Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. A *Declaração*

⁴⁴ De forma simplificada, pode-se dizer que o Direito dos Tratados é uma ramificação do Direito Internacional dedicado ao estudo dos tratados, aqui compreendidos os tratados propriamente ditos, as declarações internacionais, os pactos, convenções etc., sendo uma expressão designadora dos documentos bilaterais ou multilaterais que vinculam política e juridicamente dois ou mais Estados e outros sujeitos de direito internacional.

⁴⁵ Como é o caso de entidades como a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

⁴⁶ Transcender a visão “local” ou “doméstica” dos direitos humanos acrescenta mais valor e fundamento aos mesmos. Há esse acréscimo de valor, pois sinaliza uma justificação que não se resume à escolha puramente política ou uma agenda de interesses de um grupo exclusivo. Nessa “transcendência” se denota uma racionalização quanto à existência de um mínimo existencial e ético para garantir a dignidade humana buscando ao mesmo tempo um máximo ético desejável e como impulso de constante reformulação. Cabe ressaltar que, ainda que a universalidade dos direitos seja uma pretensão improvável em razão da relativização cultural, traçar tal horizonte normativo funciona ideológica e simbolicamente para uma noção de justo extranacionalmente compartilhada. Assim, princípios caros ao tema do ambiente democrático (como liberdade e o princípio da organização de eleições honestas e periódicas) se tornam essenciais, proporcionando à Democracia ambiente adequado para a proteção e realização efetiva desses direitos.

⁴⁷ No original: “un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. En efecto, solo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados em cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es un ‘cuestión doméstica’ de los Estados, sino un problema de relevância internacional”.

Universal dos Direitos Humanos (DUDH) compõe o primeiro grupo e se constitui como parte do Sistema Global.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) encarna tais valores elevando seu status na justificação internacional, com destaque para os direitos políticos e as liberdades civis como basilares de uma Democracia verdadeira. Isso pode ser depreendido também da Declaração em seu artigo 21 (3), que estabelece ser a vontade do povo o *fundamento da autoridade dos poderes públicos*, devendo essa vontade ser expressa *por meio de eleições honestas realizadas periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que conserve a liberdade de voto*⁴⁸. Além disso, se percebe a preocupação com a presença (e preservação) de um ambiente democrático no sentido de que “Artigo 21, §1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”.

De forma expressa, a palavra “democracia” é mencionada apenas no contexto do artigo 29, quando se afirma que toda pessoa tem deveres para com a comunidade que assegure o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade. Afirma o dispositivo que, no exercício de seus direitos e deveres, toda pessoa se sujeitará apenas às limitações legais que assegurarem direitos e liberdades dos outros e estejam amparadas em “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar de uma *sociedade democrática*” (grifo não consta no original). A DUDH apresenta, entretanto, a palavra *liberdade* (no singular e/ou no plural) 24 vezes e como palavra *livre* (ou *livremente*) 07 vezes, enquanto a *igualdade* aparece 02 vezes (como expressão integral ou contraída como “igual”, mas também significando essa equivalência), sendo apenas 07 vezes no total, *fraternidade* apenas uma vez em todo o documento⁴⁹.

⁴⁸ Sendo um tema recorrente nas análises da presente tese, a questão da Democracia associada com a participação popular se constitui característica cuja compreensão deve ser feita crítica e detidamente. É fato inconteste que a participação popular é elemento e condição *sine qua non* para a configuração da Democracia nos moldes estabelecidos dentro da cultura ocidental. É salutar estabelecer a ressalva de que o voto popular (o processo eleitoral) não deve ser entendido como “resumo” ou “síntese” do processo democrático que é muito mais amplo e complexo. A preocupação recorrente é que não se pode tomar a parte assumindo-a como se fosse o todo.

⁴⁹ O apontamento das palavras e/ou expressões “igualdade”, “liberdade” e “fraternidade” se faz em razão de que elas são consideradas pilares da Democracia desde sua origem e conformação na Modernidade como legado da Revolução Francesa, o que demonstra que há valores políticos nesses instrumentos que são, também em alguma medida, jurídicos.

A *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*⁵⁰ (1986) também faz parte do Sistema Global. Nessa Declaração, não há menção expressa à palavra “democracia”, entretanto a palavra *liberdade* é mencionada 11 (onze) vezes, a palavra *livre* (ou *livremente*) aparece 04 vezes, enquanto *igualdade* aparece 05 vezes. Também não há menção à *fraternidade*.

Parte do Sistema Global, a *Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993* (também conhecida como *Declaração e Plataforma de Ação da III Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena de 1993*) menciona a *democracia* 06 vezes (com variações), *liberdade* 18 vezes (como *livremente* 03 vezes), *igualdade* 03 vezes, *fraternidade* aparece sob a forma de *solidariedade* 02 vezes. Quando menciona a *democracia*, a Declaração o faz, por exemplo, em seus *considerandos*, afirmando o respeito das Nações Unidas ao *princípio da democracia* entre outros (como liberdades, justiça, igualdade, Estado de Direito etc.).

Outro momento ocorre no artigo 08 quando afirma que a Democracia é um conceito interdependente de desenvolvimento, respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais afirmando que eles se reforçam mutuamente. Nesse dispositivo, a Declaração afirma que a Democracia está baseada na vontade livre expressa pelo povo em seus próprios sistemas, reforçando por essa razão a proteção e promoção dos direitos humanos e liberdades que, em nível nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. O artigo 08 afirma ser uma responsabilidade de a Comunidade Internacional oferecer apoio ao fortalecimento da democracia e ao respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. O artigo 09 da Declaração reafirma que a opção pelo processo de democratização e seu processo de transição devem ter apoio da comunidade internacional.

A *Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz de 1995*, declaração que também compõe o Sistema Global de proteção dos direitos humanos, estabelece em seu texto apenas uma única referência direta à *democracia*. No que se refere aos valores democráticos e republicanos, a *liberdade* aparece 05 vezes, *igualdade* (e variações) aparece 22 vezes⁵¹, *solidariedade* 01 vez. Quando referencia a palavra *democracia*, a

⁵⁰ Aprovada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU, em 4 de dezembro de 1986, com 146 votos a favor, um voto contra (Estados Unidos) e oito abstenções (incluindo Alemanha, Japão e Reino Unido)

⁵¹ Considerando que se trata de um documento especialmente direcionado para as mulheres, na condição de pertencentes às minorias e grupos vulneráveis, é compreensível que a igualdade apareça tantas vezes.

Declaração de Pequim contextualiza a consolidação da democracia (em ser artigo 15) tendo como fundamento a igualdade de gênero (o que inclui direitos, oportunidade e acesso aos recursos, distribuição equitativas de responsabilidades familiares entre homens e mulheres), bem como a associação harmoniosa entre ambos. Além disso, a igualdade de gênero é condição de bem-estar para mulheres e homens e suas famílias.

Na perspectiva do *Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos*, a Declaração aprovada pelo Brasil é a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (1948). O documento menciona a *democracia* apenas uma vez, quando, no artigo 28, estabelece que os direitos da pessoa humana se encontram “limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”. A Democracia (e o seu desenvolvimento) aparece como argumento de legitimação de limitação de direitos, o que deve sempre ser interpretado restritivamente e mediante um amparo racional. Sobre os outros valores mencionados, a palavra *liberdade* (e a variação *livre*) aparece 15 vezes, *igualdade* 01 vez, *fraternidade* (variação fraternal) 01 vez, e *solidariedade* 01 vez.

O segundo grupo de documentos internacionais que interessa à análise são os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos *ratificados* pelo Brasil⁵², que também se subdividem em documentos pertencentes ao Sistema Global e ao Sistema Regional Interamericano.

O primeiro (do Sistema Global) a ser mencionado é a *Carta das Nações Unidas* (1945). O documento não traz expressamente a palavra *democracia* ou suas variações, havendo também pouca ocorrência de outros valores democráticos aqui considerados (também não apresentando variações). A palavra *liberdade* tem somente 04 registros, *igualdade* apenas 02; *fraternidade* e/ou *solidariedade*, assim como a palavra *democracia*, não aparecem no texto da Declaração.

Como parte do Sistema Global, existe a *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951*. O instrumento também não menciona a palavra *democracia*, ou a palavra *igualdade* ou mesmo *fraternidade/solidariedade*. O vocábulo *liberdade* aparece 07 vezes, com as variações *livre/livremente* com 02 menções.

⁵² Apurou-se o conteúdo da *Convenção contra o Genocídio – 1949*, mas não foi encontrada nenhuma informação relevante para o tema. O mesmo pode ser dito a respeito do *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados* de 1966, nada de relevante para a pesquisa. Nesse mesmo sentido, existe a *Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, de 1984, que não possui qualquer menção à democracia, igualdade e fraternidade/solidariedade, havendo apenas duas menções não muito expressivas da palavra “liberdade”.

O *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Político (1966)* conta com 03 ocorrências da palavra referente à *democracia* ou suas variações. A palavra *liberdade* aparece expressivamente, 25 vezes (acrescendo mais 11 menções à *livre/livremente*), a *igualdade* possui apenas 04 recorrências (e 02 variações de *igual*). As palavras *fraternidade/solidariedade* não são mencionadas no texto do Pacto.

Uma referência à democracia⁵³ se encontra no artigo 14 (1), quando prevê a possibilidade de segredo de justiça (ao tratar do acesso à Justiça como um direito humano) estabelecendo que essa limitação do acesso por parte da imprensa e do público em geral (sociedade civil) é possível em uma sociedade democrática (por exigência da vida privada das partes ou por estrita necessidade judicial), devendo ser *publicizada* a decisão como regra geral. O artigo 21 prevê que só pode haver restrição ao direito humano de reunião pacífica quando previstas em leis e, em uma sociedade democrática, esta restrição deve contemplar o interesse da segurança nacional, ordem pública, proteção da saúde ou moral públicas ou, ainda, direitos e liberdades das demais pessoas. O artigo 22 também prevê o direito de associação e sindicalização como um direito humano e, nos mesmos moldes que o artigo 21, prevê sua restrição como exceção devidamente fundamentada.

Como um documento complementar, o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, também de 1966, apresenta a palavra *democracia* (ou democrática) em 03 ocasiões. A palavra *liberdade* tem 12 menções, *livre/livremente* conta com 10 menções, a *igualdade* uma vez (a variação *igual* com 06 ocorrências). Valendo mencionar que não há nenhuma referência à *solidariedade* ou *fraternidade* no Pacto.

O artigo 14 desse Pacto estabelece que o exercício dos direitos previstos no documento normativo está apenas limitado por lei e que tais leis devem ser compatíveis com a natureza dos direitos tutelados e com o exclusivo objetivo de “favorecer o bem-estar geral e uma sociedade democrática”. Assim, o artigo 8 (1) (a) prevê a restrição do

⁵³ Cabe observar que o Artigo 25 do Pacto versa sobre o Direito à participação política sem discriminação. Como, entretanto, o intuito das considerações é observar a presença da democracia (em seu sentido amplo e não circunscrito ao processo eleitoral) não se fez menção do referido artigo no texto. Em seu teor, o Art. 25 afirma que “Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”. Cabe acrescentar uma informação: a *burocracia* de registro e celebração das uniões é considerada como serviços públicos (para mais ver o Capítulo XI da presente tese).

direito de formação de entidade sindical e o direito de filiação, em uma sociedade democrática, como direitos que só podem ser restritos por leis e apenas devidamente justificados. O dispositivo (c) prevê que o exercício sindical também, em uma sociedade democrática, só se limita por interesses maiores (interesse da segurança nacional ou ordem pública), direitos e liberdades das outras pessoas e sempre devidamente estabelecidos em lei⁵⁴.

Outro instrumento que também compõe esse grupo é a *Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1968. Este não menciona a palavra *democracia* e nenhuma de suas variações. Mesmo a palavra *liberdade* encontra 08 ocorrências (com 04 referências ao termo *livre*). A *igualdade* e sua variação na palavra *igual* aparecem 05 vezes cada uma, não constando nenhuma menção a *fraternidade* e/ou *solidariedade*.

Em semelhante sentido se encontra a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*, de 1979. Não há menções ao termo *democracia* (ou qualquer variação) ou das palavras *solidariedade/fraternidade*. A palavra *liberdade* consta com 05 menções (mesma quantidade que sua variação *livre*), *igualdade* consta com 31 menções (a palavra *igual* tem 04).

Como parte também do Sistema Global de Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, se encontra a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, de 1989⁵⁵. No instrumento, a referência à *democracia* aparece 01 vez, enquanto a expressão *liberdade* tem 22 ocorrências (a que se somam mais 03 de sua variação *livre*). A *igualdade* tem 05, e a expressão *solidariedade* 01 apenas. Quando a Convenção se expressa sobre a Democracia o faz em seu artigo 15, sobre o direito de livre associação da criança e sua liberdade para promover reuniões pacíficas e, como outros instrumentos internacionais já elencados, prevê que sua restrição em uma sociedade democrática deve ocorrer apenas por lei e mediante clara justificativa.

Considerando, agora, o Sistema Regional Interamericano, no que se refere aos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil⁵⁶, vale

⁵⁴ A presente tese não se refere a investigações na seara do Direito do Trabalho, entretanto, extensivamente, esses dispositivos versam sobre direito de liberdade de “associação” e a família é, em alguma medida, uma associação de pessoas. Além disso, o objetivo é destacar que restringir direitos deve ser sempre e absolutamente uma exceção devidamente justificada.

⁵⁵ A Convenção foi Adotada pela Resolução L.44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989 e foi ratificada pelo Brasil em 24.09.1990

⁵⁶ Destaca-se a existência da *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, de 1985, que foi adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985 -

a destacar a *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969*, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*. A Convenção menciona *democracia* (e suas variações) 06 vezes, enquanto a *liberdade* é repetida 37 vezes (com as variações *livre/livremente* com 09 ocorrências). A *igualdade* tem 04 menções (com as variações *igual/igualitário* com 02 aparições) no texto da Convenção que não traz em seu bojo nenhuma menção à *fraternidade/solidariedade*.

A Convenção trata da Democracia, inicialmente, em seu preâmbulo ao reafirmar o propósito que a consolidação das instituições democráticas, um regime de liberdade e de justiça social e de respeito aos direitos humanos essenciais, é um propósito do Continente Americano. Nos artigos 15 (versando sobre direito de reunião), artigo 16 (liberdade de associação) e artigo 22 (direito de circulação e de residência), a Convenção estabelece que qualquer restrição desses direitos, em uma sociedade democrática, se trata de uma exceção que deve ser prevista em lei e deve se fundar no direito e nas liberdades das demais pessoas ou nos interesses de segurança nacional ou ordem pública.

Os artigos 29 e 32 se dedicam a falar das normas de interpretação e a correlação de direitos e deveres, respectivamente. A Convenção, assim, determina que nenhuma disposição em seu bojo pode ser interpretada para excluir direitos dela decorrentes, ou decorrentes da forma democrática representativa do governo – além disso prevê a inafastabilidade de direitos e garantias que são inerentes ao ser humano. Quando correlaciona direitos e deveres, a Convenção afirma que, em uma sociedade democrática, os direitos de uma pessoa só podem ser limitados pelos direitos das demais, segurança de todos e justas exigências do bem comum.

Cabe ainda a menção à *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, de 1994, também conhecida como *Convenção de Belém do Pará*⁵⁷. O instrumento não menciona nenhuma referência para *democracia* ou *fraternidade/solidariedade*. Existem 02 menções ao termo *igualdade* e 01 para a palavra *igualitária*. *Liberdade* aparece com 07 menções, mesma quantidade que sua variação *livre*.

ratificada pelo Brasil em 20.07.1989. Considerando que essa convenção não faz qualquer menção sobre democracia, igualdade e fraternidade/solidariedade (com apenas três menções não muito expressivas sobre liberdade) sua análise para os fins que esse tópico se propõe seria irrelevante.

⁵⁷ A convenção foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

Ainda dentro de uma perspectiva internacional versando sobre a democracia, vale constar aqui a *Resolução sobre a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. Fernando de Brito Alves analisa esse documento e afirma que a Resolução não possui estrutura de Carta de Direitos⁵⁸, pois não consagra um rol de direitos humanos e se limita a ser uma declaração de reiteração do compromisso de respeitar, proteger e promover as normas internacionais de Direitos Humanos. Sua estrutura textual possui duas partes, uma de caráter preambular e outra de caráter declarativo-constitutivo. O instrumento “incentiva, encoraja, recomenda e congratula ações específicas voltadas para a promoção de direitos humanos no âmbito da CPLP”, também reforça as modalidades de cooperação internacional e encoraja que os países membros integrem as normas internacionais dessa natureza em sua legislação interna. Alves observa que, mesmo sendo possível inferir uma opção fundamental pelos direitos humano-fundamentais, o instrumento em questão não oferece inovação em comparação com outros acordos/instrumentos já estabelecidos no âmbito da Comunidade (ALVES, 2014, p. 49-50).

Alves observa que a Resolução referencia a Democracia, de forma explícita, em apenas duas ocorrências, (i) quando considera a defesa e promoção dos Direitos Humanos como pilares da democracia; e (ii) quando reconhece que a boa-governança e a transparência são elementos do processo de fortalecimento da cidadania, das instituições e dos princípios democráticos. Considerando que a Democracia se apresenta como um conceito polissêmico, não é possível extrair plenamente o que seriam os “valores fundamentais da democracia” ou “princípios democráticos”. Alves aponta que, não apresentando um conceito de Democracia, a Resolução oferece elementos de sua formação quando considera a relevância de boa governança e transparência (ALVES, 2014, p. 56-57).

Cabe o destaque, voltando para uma perspectiva geral, de que a presença de elementos integrantes de uma proposta de Democracia universalizável com parâmetros mínimos para seu estabelecimento passou a constar em várias resoluções e normativas, como destacado por Eduardo Biacchi Gomes e Simone dos Reis Bielecki Marques ao analisarem a Democracia no Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos. Os autores frisam, como exemplo, que a Resolução da Comissão de Direitos Humanos

⁵⁸ Como são a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* de 1950; a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, de 1981; a *Carta Asiática dos Direitos Humanos* de 1986; e a *Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã* de 1990.

da ONU 2000/47, de 25.04.2000, “estabelece recomendações para aplicação de mecanismos de legislação, institucionais e fundamentos para a consolidação da democracia” (GOMES; MARQUES, 2017, p. 128)⁵⁹.

Analisando a tradição constitucional lusófona (mas cuja análise é, em alguma medida, universalizável), Fernando de Brito Alves destaca a *Democracia como um valor fundamental*. Assim, compreende o autor, a Democracia como: (i) autonomia e autodeterminação – “no sentido de ser a determinação normativa de um povo por ele próprio”, ou (ii) “um conjunto de regras primárias fundamentais de distribuição do poder de tomar decisões”. Trata-se, conforme a definição doutrinária, “uma construção cultural que resulta da interação de diversos fatores sociais, políticos, jurídicos e econômicos” (ALVES, 2014, p. 27-28).

1.2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o princípio da primazia constitucional

Como observação inicial, é válido destacar que o princípio democrático se faz presente em todas as Constituições lusófonas, sendo o primeiro caso a Constituição Portuguesa de 1976, mas essa presença não resulta que as democracias lusófonas são (ou alcançaram o status de) Democracias substantivas, ficando classificadas como *democracias imperfeitas* (Cabo Verde, Portugal, Timor-Leste e Brasil), *regime híbrido* (Moçambique) e alguns são *regimes autoritários* (Guiné-Bissau e Angola) *pelo índice da democracia* publicada pela revista *The Economist* (ALVES, 2014, p. 40)⁶⁰.

Mantendo a tradição das Constituições anteriores, a CRFB/88 indicou em seu preâmbulo que o objetivo da Assembleia Nacional Constituinte foi de instituir um Estado democrático, o que está em formato solene no Artigo 1º o que, para Fernando de Brito Alves, dissipa “quaisquer dúvidas quanto à natureza normativa da democracia e

⁵⁹ É possível mencionar a atuação da Comissão de Direitos Humanos que foi responsável por recomendar medidas legislativas com vistas à construção da Democracia, estabelecendo elementos essenciais para sua constituição, o que incorre considerar: (i) o respeito pelas liberdades fundamentais, como liberdade de associação, liberdade de expressão e de opinião, e respeito pelos direitos humanos; (ii) institucionalmente: acesso ao poder e ao exercício do poder nos termos do Estado de Direito, realização de eleições livres, honestas, periódicas e por meio de sufrágio universal e voto secreto (sendo o voto um reflexo da expressão da vontade do povo), a separação dos poderes, a independência da justiça, transparência e responsabilidade da Administração Pública; e (iii) sistema pluralista de partidos e organizações políticas (como uma dimensão da liberdade), liberdade e independência dos meios de comunicação, também com viés pluralista (GOMES; MARQUES, 2017, p. 128-129).

⁶⁰ Alves observa que os níveis de participação política no Brasil (como nos demais países de tradição lusófona) estão “marcados por um desencanto crescente com a política”. Em razão disso, a constitucionalização das garantias democráticas, de forma singela, parece acreditar ou sinalizar que isso asseguraria a Democracia, ignorando a realidade institucional e estatal e as estratégias de afastamento da participação popular (ALVES, 2014, p. 48).

sua função constitutiva no Estado brasileiro”. Essa previsão, segundo o autor, indica inovação, por sua topografia constitucional já no Artigo 1º e com o parágrafo único, ao declarar que todo poder emana do povo e que esse poder é exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, sugerindo uma superação da tradição clássica liberal (ALVES, 2013, p. 40-41)⁶¹.

Considerando a afirmação de que a lei não contém palavras inúteis⁶², é possível racionalizar que o Legislador não usa palavras aleatórias, logo, a estrutura da Lei não se dá de forma ocasional. Assim, observa-se que a história constitucional brasileira sempre testemunhou Constituições que primavam por disciplinar a organização do Estado (federal ou nacional) sem prestar muita relevância ao reconhecimento de direitos. Entretanto, o Constituinte de 1988 inverteu a estrutura, concebendo uma Constituição como ferramenta de tutela de direitos fundamentais (SILVA, 2009, p. 225-226). Essa associação foi salutar para o reconhecimento da Democracia como um direito fundamental constitucionalmente vinculante⁶³.

A CRFB/88 assinala uma nova fase no direito constitucional brasileiro por (i) consolidar o modelo político da Democracia representativa⁶⁴, (ii) estabelecer a primazia dos direitos fundamentais, ampliando e institucionalizando um sistema de garantias e (iii) destacando a separação dos poderes (em um formato orgânico-funcional) que foi incrementada e tornada mais complexa (ALVES, 2014, p. 21). O conceito e a práxis da

⁶¹ Os direitos fundamentais, assim, gozam de status e *locus* privilegiado na CRFB/88, de forma a tornarem possíveis (como asseguraram substancialmente) os avanços dos últimos anos, tanto no “plano teórico” quanto no “plano dos fatos (mundo do ser)” (ALVES *et al.*, 2016, p. 38).

⁶² Trata-se de um antigo brocardo latino *verba cum effectu sunt accipienda*. Obviamente, como se observa na presente tese, o pesquisador não presta tanta confiança à capacidade do Legislador nacional em construir o texto normativo com tanto esmero.

⁶³ As colocações de Ruy Samuel Espíndola sobre a relação da teoria da Constituição com a Democracia se direcionam nas perspectivas de que ela é um princípio legitimador da CRFB/88 e como um princípio jurídico que a integra, o que significa dizer que se trata de um “princípio constitucional encartado na ordem jurídica”. O princípio se faz presente, além do Art. 1º, ao longo do texto constitucional (direta e indiretamente) no preâmbulo, Arts. “1º, V, 5º, VIII, 7º, XI, última parte, 10, 11, 14, 17, 23, I, 27, 29, I, 34, VII, letra a, 45, 46, 47, 58, § 1º, 77, 81, 90, II, 96, I, letra a, primeira parte, 103, 127, *caput*, 206, II, III, primeira parte e VI” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 05-06).

⁶⁴ A base do sistema democrático, nos termos da CRFB/88, não se limita ao voto, mas contempla “a participação popular direta, pelos meios e instrumentos constitucionais e legais”. A Constituição tem a soberania popular e princípios fundamentais textualmente declarados com fim de assegurar direitos individuais e sociais, além da “liberdade, segurança, o bem-estar [...] igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. A CRFB/88 apresenta a Democracia semidireta como paradigma conjugado com representação direta (por meio de institutos democráticos) devido a diversas formas inovadoras de participação da sociedade. Essa originalidade da Constituição brasileira pode ser atribuída como resultado de um processo de democratização, mas também de publicização estatal para um melhor controle social das políticas. Assim, o Art. 3º deixa também claro que inexistirá uma Democracia se não se buscar construir uma sociedade que seja “livre, justa e solidária”, promovendo o bem de todos e sem preconceitos e sem quaisquer formas de discriminação (MACEDO, 2008, p. 186-187).

Democracias são incompletos se apartados da ideia da Constituição e da juridicidade dos princípios constitucionais que possuem um status superior. A “realizabilidade da democracia” está condicionada à efetividade da CRFB/88 (o que implica a força normativa de suas regras e de seus princípios) como exigência inarredável, estando as ideias-conceito Constituição, Democracia e Princípios Constitucionais em direta relação “com a proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, através de uma postura que preze a força normativa da Constituição” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 06).

O *princípio democrático* em um Estado Democrático de Direito fica claro na CRFB/88 quando o Artigo 60, § 4º, estabelece o princípio e fundamento da proibição de retrocesso, buscando garantir que os direitos já conquistados e em exercício (ou seja, postos em prática) institucionalmente consolidados não podem sofrer reversibilidade. Os direitos já consolidados ou, dito de outra forma, positivados dentro do sistema jurídico recebem o manto da irreversibilidade como um direito subjetivo, implicando limites à tarefa estatal (principal, mas não exclusivamente, a legislativa). A CRFB/88 assim firma um núcleo essencial de efetividade da dignidade da pessoa humana como um princípio em uma sociedade democrática, o que implica a “imposição da manutenção e da ampliação permanente dos patamares ‘civilizatórios’ já alcançados” (SILVA, 2013, p. 305)⁶⁵.

A CRFB/88 é um *todo* normativo, um bloco de normas e princípios que orienta as demais leis, determinando e limitando a produção legislativa, bem como sua aplicação e interpretação na ordem jurídica. Isso destaca a força normativa da Constituição como norma, como força de direito e das regras e princípios que a constituem e que nela constam. O texto constitucional de 1988 é um “Código da vida comunitária” da nação, estabelecendo valores e determinando formas e meios de proteger direitos e interesses tuteláveis (seja do cidadão, de grupos ou de movimentos organizados).

É válido destacar que os valores políticos na Constituição estão mediados na linguagem do sistema jurídico-político, no formato de “princípios e regras constitucionais”, estes captados em três níveis de racionalidade para proteger os direitos humano-fundamentais: (i) o *nível da racionalidade ética* – consagrando valores como

⁶⁵ O Art. 5º, nesse sentido, possui especial relevância, pois é o artigo com maior extensão textual, contando com 78 incisos e versando sobre o tema “[d]os Direitos e Garantias Fundamentais”, individuais e coletivos, postulando uma igualdade formal em seu *caput*. O artigo indica uma preocupação material implicada em seu bojo ao prescrever a superação da miséria (no Art. 6º) com a proteção aos desamparados (SILVA, 2013, p. 306).

dignidade da pessoa humana, a vida e valores éticos de convivência; (ii) o *da racionalidade política* – que consagra o exercício e conquista do poder, bem como são as formas, instrumentos e fins da política; e (iii) o *da racionalidade jurídica* – estabelecendo os instrumentos de proteção dos direitos humano-fundamentais, pelo acesso à justiça, devido processo, estabelecendo também “limites de produção, interpretação e aplicação do Direito Positivo” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 09-11).

À luz de tais considerações, concorda-se com a leitura de Samuel Barbosa quando este reforça que a CRFB/88 é uma Constituição democrática⁶⁶ e que tal afirmação (a sua natureza democrática) não pode ser tomada como trivial. Afirma o autor que na Constituinte prosperou uma expressiva mobilização e participação popular, mesmo diante de poderes institucionais (agremiações partidárias, Judiciário, Ministério Público, presidência, polícia) e grupos de interesse com influência. Essa situação fez com que este processo contrastasse com uma história constitucional de prevalência de participação de “notáveis” e com limitada participação popular. Além disso, a expressão “Constituição democrática” não pode ser tomada em um sentido trivial também pelo fato de que tal conceito “reúne princípios de extração diferentes, incompatíveis ou pelo menos de combinação problemática”, visto ser o projeto do constitucionalismo democrático de execução difícil (BARBOSA, 2013, p. 40).

Para Paulo Bonavides, o conceito de *soberania constitucional* está intimamente atado ao conceito de nação sob um ponto de vista jurídico, por ser “a raiz mais profunda do direito”, bem como “a forma suprema e absoluta de criar, exercitar e concretizar os poderes constituintes como órgãos de soberania que se legitimam como expressão da vontade nacional”. O autor destaca a força normativa da Constituição (como apresentado por Konrad Hesse) apontando para uma hermenêutica (na contextualização atualizada de mudança e renovação metodológica) que permite reconhecer o perfil constitucionalista da juridicidade do Estado social, e, com isso, a “aplicabilidade imediata” da categoria dos direitos fundamentais (especialmente os direitos sociais) que caracterizam a “grande revolução jurídica do constitucionalismo do nosso tempo” (BONAVIDES, 2008, p. 196, 201).

⁶⁶ A *supremacia constitucional*, como uma estrutura interpretativa do constitucionalismo do pós-guerra, se faz presente na CRFB/88, de modo que a “ideia do legislador que encarna a vontade geral é corrigida pelo *status superior* da [C]onstituição”. Nesse mesmo sentido, o Judiciário passa a ocupar uma posição de centralidade na efetividade constitucional. A Constituição é projetiva, orientando “princípios, valores e fins” para os Poderes constituídos e para a sociedade, de onde se faz possível (ou se fundamenta) “a invenção de novos direitos, em outras palavras, a luta de justificação não se resume à função de garantias dos direitos já consagrados ou a luta por sua universalização”, ou seja, a CRFB/88 “[n]ão é apenas garantia, mas projeto de futuro” (BARBOSA, 2013, p. 43).

Entendendo essas disposições, faz-se mais acessível compreender o debate constitucional brasileiro envolvendo a positivação dos direitos de minorias e grupos vulneráveis. Como sublinhado por Barbosa, a teoria da interpretação e a teoria da argumentação avançam por se constituírem como instrumentos de alargamento do conceito da norma jurídica, também por envolverem a justificação de decisões amparadas por acervos normativos ampliados. A aplicação dos direitos fundamentais nos sentidos vertical (relação entre Estado-indivíduos ou Estado-cidadãos) e horizontal (relação entre sujeitos privados) também é objeto de discussão nessa lógica constitucional-democrática. A jurisprudência constitucional, em razão disso, vai ganhando relevância para a construção doutrinária e da argumentação jurídica⁶⁷, bem como contribui para a construção de um debate que combine a dimensão de garantia, que comporta a “supremacia e rigidez da [C]onstituição, tutela judicial dos direitos e de defesa da [C]onstituição” com a dimensão de programas, que envolve os “direitos sociais, projetos de futuro, invenção de novos direitos” (BARBOSA, 2013, p. 43-44).

Dito isso, Barbosa faz um questionamento relevante a ser considerado quando argumenta que a “indeterminação social da [C]onstituição democrática, entendida como luta de justificação acerca da indeterminação normativa nas várias arenas judiciais” pode ser exemplificada com o reconhecimento da união homoafetiva. É possível indagar se a união homoafetiva poderia se configurar como um direito reconhecido pela Constituição, observando que, em 2011, o STF decidiu que a união estável entre pessoas de mesmo sexo é uma instituição familiar tutelada pela proteção constitucional, mas a decisão abre espaço/oportunidade para outros questionamentos⁶⁸.

Barbosa aponta respostas quando reconhece que a luta pelo reconhecimento da constituição familiar formada por pessoas do mesmo sexo implicava (como pano de fundo) um contexto de disputa por diversos outros direitos, bem como que havia decisões precedentes em outras instâncias (administrativas/executivas e jurídicas) reconhecendo esse direito, de modo que a luta pelo reconhecimento não começa nem termina na decisão do STF (BARBOSA, 2013, p. 45)⁶⁹.

⁶⁷ A jurisdição constitucional também se torna objeto de críticas pelas teorias constitucionais e democráticas, como se verifica nas construções do constitucionalismo político, na crítica da democracia procedimental, na figura do ativismo jurídico, entre outros, todos temas que em alguma medida circundam a presente Tese.

⁶⁸ Como por exemplo: Uma questão legítima é argumentar se esse direito passou a existir com a decisão ou se antes já existia ou mesmo se o reconhecimento da união estável homoafetiva implica no reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (BARBOSA, 2013, p. 45).

⁶⁹ Na Parte II da presente Tese estão presentes algumas abordagens sobre os processos de luta por reconhecimento.

O STJ reconheceu posteriormente o direito ao casamento para um casal de lésbicas e que o CNJ uniformizou, em 2013, o reconhecimento desse direito perante os cartórios de registro. Logo, é possível admitir que a decisão emanada do STF foi um mecanismo de estabilização de expectativas e como instrumento que abriu “possibilidade para o exercício da luta de justificação [e] que permite o aprendizado cruzado entre vários órgãos e a invenção de novos direitos”⁷⁰. Nesse sentido, novos direitos ou novos paradigmas são resultado da luta de justificação, debate beneficiado pelas experiências legais, normativas e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras, sendo um tema que transcende a cultura jurídica particular (BARBOSA, 2013, p. 45). Essas lutas devem ser absorvidas pela Constituição (e/ou pelas ferramentas de interpretação constitucional) em um diálogo institucional (entre os poderes) e com a sociedade para que se reconheçam movimentos históricos e democráticos legítimos que demandam pela superação de velhos paradigmas⁷¹.

As tensões entre o ideal democrático, as lutas por reconhecimento e a contestação das antigas fórmulas são temas de especial relevância dentro da lógica constitucional-democrática construída (ainda que não esteja isenta de tensão) na realidade brasileira. Pensar a Democracia em uma sociedade tão contraditoriamente plural é a orientação do tópico seguinte.

1.3. Democracia em uma sociedade cada vez mais plural

Luis Pietro Sanchís apresenta que o regime constitucional e a Democracia política parecem representar ingredientes irrenunciáveis para que seja alcançável a configuração de uma organização política com raízes na filosofia liberal (SANCHÍS, 2003, p. 137)⁷². A Democracia, todavia, não possui nenhum quadro institucional universalmente válido, sendo um conceito plástico (sem que isso o relativize ou esvazie sua densidade axiológica), de modo que está passível de ajustes e “acomodações” dependendo do contexto histórico, cultural e nacional de cada sociedade, ficando clara a

⁷⁰ Esse é um sintoma ou reflexo da capacidade de aprendizagem e de comunicação do sistema democrático com o ambiente social em mudança e com a mútua influência do sistema jurídico-constitucional, o que revela uma característica presente na modernidade (sob algumas leituras) e que influenciou o constitucionalismo e a Democracia: a permanência depende da adaptação às mudanças e a busca por uma estabilização.

⁷¹ O império da lei (*rule of law*) hoje não pode se dar dentro de marcos interpretativos limitados. Potencialmente hoje seria mais adequado construir uma teoria solidificada no *império do direito*, direito esse constitucionalmente orientado e legitimado.

⁷² O Estado de Direito é fruto característico do liberalismo do século XIX e a centralidade da lei como agente de eliminação de um governo arbitrário surge como fundamento de legitimidade dessa proposta liberal.

necessidade de “que cada povo deve encontrar sua *democracia possível*” (ALVES, 2014, p. 28).

Fernando de Brito Alves destaca que a Democracia moderna está delineada em uma *sobrevalorização da representação*, tomada como forma de participação política por excelência, ficando as lutas pela Democracia concentradas no exercício e titularidade do direito de voto. Em contraposição, a Democracia substancial surge como alternativa que busca “indicar a possibilidade de superação da cisão entre Estado e sociedade e a recomposição da unidade política do *demos*”, o que se faz por meio de projetos constitucionais os quais não dissociam participação política de reconhecimento de direitos civis e políticos (ALVES, 2014, p. 31)⁷³. Essa concepção de Democracia se aproxima do estágio do Direito Constitucional atual por envolver uma “relação mais imediata, em termos jurídicos, da ideia de democracia com a de princípios constitucionais” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 12-13).

Flávia Danielle Santiago Lima apresenta que o Estado Social Democrático, emergido no século XX como um novo tipo de arranjo político, buscou redefinir o lugar das Constituições e como elas influenciavam as instituições contemporâneas, promovendo no plano normativo a reabilitação de uma dimensão axiológica no direito com a dignidade da pessoa humana que irradiou outros direitos fundamentais que, por sua vez, converteram-se em núcleo intangível do Estado – que deveria proteger os indivíduos (por força desses direitos fundamentais) contra o processo majoritário potencialmente injusto. Em suma, há uma proposta de “uma nova visão da democracia, pressuposta numa materialidade substancial, dependente da jurisdição constitucional para a garantia do acordo firmado” (LIMA, 2017a, p. 371). Todavia, é necessário ponderar que a jurisdição constitucional não é elemento imprescindível para a democracia, ainda que seja uma arena estratégica. A participação popular (particip)ativa na construção de significados para a Constituição e realização de direitos não pode ser afastada de sua centralidade em uma democracia.

Lima destaca que esse fenômeno de triunfo das Constituições se deu como resultado de um processo de redemocratização pós-guerra, muito específico na Europa onde havia desorganização política, social e econômica. Essa realidade encontrou na constitucionalização de um catálogo de direitos a possibilidade de garantir um novo

⁷³ Essa visão se aproxima da perspectiva *zagrebelskyana* (2003) de Estado Constitucional, posto ser entendido como o Estado que tem suas funções (legislativa, executiva e judicial) subordinadas à Constituição, de modo que não se trata de mera continuação ou evolução do Estado de Direito, mas uma transformação real (até porque ambos não podem ser confundidos).

equilíbrio social e, para tanto, vislumbrou-se no fortalecimento de uma jurisdição para dar efetividade ao catálogo estabelecido. Lima ressalta, todavia, que o binômio supremacia constitucional e controle constitucionalidade não se encontra imune às críticas e é alvo de profunda controvérsia doutrinária. Os questionamentos quanto a esse arranjo podem ser resumidos em: (i) o modo como um tribunal invalida atos de poderes sujeitos ao escrutínio dos processos eleitorais, contra a “maioria dominante” e “retirando as decisões das mãos dos eleitores” – o que é citado pela autora como um desvio na democracia⁷⁴; (ii) a viabilidade desse controle judicial em face do princípio da separação de poderes; (iii) o fenômeno da judicialização da política (LIMA, 2017a, p. 371-373).

Pensar a Democracia em uma sociedade como a brasileira (e não só a brasileira) no mundo contemporâneo envolve ir além de conceitos como “pós-modernidade, modernidade tardia ou ainda hipermodernidade”, ou modernidades múltiplas, podendo-se pensar na configuração de que a sociedade contemporânea é uma sociedade moderna, “mas que apresenta a característica de refletir sobre suas próprias condições de sobrevivência”⁷⁵. Assim, é preciso observar que esses paradigmas demandam o abandono de “estratégias orientadas para um futuro romântico e idealizado”, e reclamam a adoção de uma postura crítica e reflexiva que olhe para o presente, para as demandas decisórias de agora (SIMIONI; FERREIRA, 2019, p. 111)⁷⁶.

Interessante refletir sobre a visão da democracia como “autogoverno político popular”, onde o povo decide (autogoverno) o teor (fundamentos e conteúdos) da legislação que orienta sua comunidade política. A partir disso, constitucionalismo pode

⁷⁴ Ainda que se reconheça perfeitamente a provocação desenvolvida aqui pela autora, que está referenciando uma reflexão de Alexander M. Bickel (1962), é preciso, para que sua provocação faça sentido real, que se assuma (ainda que para fins puramente argumentativos) que as decisões dos Parlamentos possuem equivalência com dizer que se trata de “decisões nas mãos dos eleitores”. Essa correlação, todavia, parece puramente utópica, mas, ainda assim, será considerada nas análises constantes na presente Tese.

⁷⁵ Como se faz possível perceber, a adaptabilidade da modernidade, do constitucionalismo e da própria democracia explica e elucida a superação de paradigmas contemporâneos por meio de uma (re)leitura desses institutos à luz de novas proposições teóricas. Essa superação se dá no campo das lutas por significado nas arenas políticas, jurídicas e científicas.

⁷⁶ Por exemplo, é um pressuposto que a igualdade é a essência da democracia, mas a “representação nunca foi um sistema inventado para amenizar o impacto do crescimento das populações” (RANCIÈRE, 2014, p. 69). Leandro Gavião, acompanhando o pensamento de Rancière, indica que a criação da representação se deu para garantir que uma elite e grupos privilegiados assegurassem meios de ocupar a representatividade e assim manter seus privilégios. As revoluções burguesas do século XVIII propuseram essa arquitetura cientes dessa necessidade de autopreservação e construíram fundamentos ideologicamente pensados para afirmar uma igualdade democrática baseada em um governo representativo que atuasse em nome do povo, mas sem que o povo participasse da tomada de decisão (GAVIÃO, 2015, p. 498).

ser encarado como o controle sobre a tomada de decisões políticas por parte da população tendo como limite a existência de uma Constituição como lei fundamental, ou seja, uma *lei das leis*. Essa *lei sobre as demais leis* orienta a produção daquelas que lhe são hierarquicamente inferiores, estabelecendo os atores e procedimentos que essas produções normativas podem ou devem considerar. Nesse sentido, é parte essencial e natural da reflexão compreender o constitucionalismo como leitura de uma dinâmica democrática⁷⁷, em que parte essencial da lei fundamental esteja acima e além, ou seja, esteja intocável para a política majoritária que escolheu se autolimitar – assim, as maiorias políticas ordinárias ou comuns, episódicas, momentâneas, não poderiam alcançar esse núcleo da lei fundamental, sob pena de não ter construído de forma eficaz e legítima sua própria escolha de autocontenção (MICHELMAN, 1999, p. 05).

Considerando as preocupações contemporâneas, a participação democrática, reforça-se, não está fundamentada na decisão da maioria, mas em fatores diversos e complexos que lhe dão contorno e legitimidade. A experiência democrática envolve a premissa de que a população seja titular do direito de voz sobre os processos e que seja sua opinião levada em consideração na tomada de decisões, mas não se pode afirmar que essa reivindicação seja necessariamente vinculativa, tendo-se em vista limitações de ordem jurídica e prática (como a própria escolha da vontade popular na eleição de determinados procedimentos e instâncias, *a priori*).

Verificando-se que a vontade popular é imprevisível, ela pode apresentar-se na contramão da Justiça Social e, por isso, não deve (e nem pode) ser vinculativa. A ampliação dos direitos fundamentais reforça a necessidade de se pensar que a Democracia não está vinculada à vontade da maioria, por se vislumbrar, sem dificuldade, que o interesse da maioria irá, não raras vezes, esbarrar nos interesses das minorias políticas e tentará subjugar-las⁷⁸.

O reconhecimento de uma sociedade plural se manifesta no paradigma do Estado Democrático de Direito, onde “concebe-se o povo no sentido político e, simultaneamente, numa grandeza pluralística” (SOARES, 2011, p. 147). Observe-se, entretanto, que esse embate entre maiorias e minorias não pode ser presumido como

⁷⁷ Constitucionalismo e Democracia, ressalta-se, não se confundem ou se implicam mutuamente.

⁷⁸ Uma ressalva importante é que a formação de maiorias e minorias no sistema democrático é algo razoável (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 169). Especialmente considerando-se que a sociedade é plural, os grupos nela formados, organizados ou não, apresentarão demandas diferentes e por vezes conflitantes. Assim, ter essa situação é tão normal quanto esperada. O problema primordial ocorre quando a visão do processo democrático se limita a uma questão puramente numérica (onde a maioria vence), inviabilizando qualquer possibilidade de as minorias mudarem o *status quo*.

negativo, pois se trata de uma situação corriqueira dentro da Democracia e que alarga a participação popular, sendo as manifestações públicas verdadeiros instrumentos de autodeterminação popular não devendo desaguar, entretanto, *em monopólios políticos espúrios* (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 166).

Considerando o problema da *tiranía da maioria*, Giovanni Sartori destaca que, ainda que a noção do termo possa parecer intuitiva, a problemática varia de contexto a contexto, podendo ser: (i) constitucional; (ii) eleitoral; e (iii) social. Sob essa premissa, o autor destaca que, no *aspecto constitucional*, essa tirania significa(ria) violar por meio da legislação (ou seja, por meio do Parlamento) ou governando (ou seja, pelo Executivo), os direitos das minorias, sendo nesse sentido a aplicação absoluta do princípio majoritário. A divisão-separação do poder, característica das Constituições modernas, seria, hipoteticamente um impeditivo, pois controlaria o despotismo eleito, mas não o despotismo da regra majoritária, visto que se uma mesma maioria controla o Executivo e o Legislativo não se limitará o exercício majoritário surgindo, por isso, a tirania (constitucional) da maioria⁷⁹. O problema dessa questão é ou são os direitos da minoria⁸⁰ (1993, p. 89).

O tema é relevante, considerando-se as atenções das pesquisas orientadas para compreender os ataques ao constitucionalismo que perpassam temas como (i) constitucionalismo abusivo, como proposto por David Landau (2013), as (ii) democraturas, na teoria de Scheppele (2016) e pela (iii) destruição do constitucionalismo (GINSBURG; HUG; VERSTEEG, 2018).

Autoritarismo e constitucionalismo não são termos excludentes e antagônicos como se poderia pensar a princípio⁸¹. David Landau, ao cunhar o termo, observou nos fenômenos contemporâneos (final do século XX e começo do XXI) a utilização de ferramentas constitucionais (como as emendas constitucionais e a substituição

⁷⁹ A questão é que o *sistema de freios e contrapesos*, ou a interferência “harmônica” entre os poderes, permitiria que o Executivo inviabilizasse uma tirania majoritária presente no Parlamento e, em sentido contrário, os representantes eleitos do Legislativo fiscalizariam o governo do Executivo para que não houvesse abuso em face das minorias. É interessante observar que, nesse momento do raciocínio, Sartori não menciona o Judiciário como um Poder que possa fazer frente aos demais nem mesmo o mencionando em suas reflexões.

⁸⁰ A preocupação que se coloca, portanto, é a possibilidade de se usar um instrumento do próprio Estado Democrático de Direito (a Constituição) para prejudicar minorias e grupos vulneráveis que fazem parte desse Estado de Direito e dessa Democracia.

⁸¹ David Landau oferece uma análise interessante a respeito dessa questão no texto *Abusive Constitutionalism*, quando destaca que as ditaduras e governos autoritários que se estabeleceram nos anos de 1960 a 1980 na América Latina resultaram em uma valorização da Democracia de modo mais intenso, o que reflete em um constitucionalismo posterior vocacionado em potencialmente evitar novos períodos de repressão e violações de direitos humano-fundamentais (LANDAU, 2013).

constitucional)⁸² como forma de subverter a própria ordem democrática e estabelecer um cenário onde é possível a manutenção do(s) governante(s) no poder e no exercício de controle. Essa nova roupagem do autoritarismo se apresenta com características difíceis de identificação exatamente por, ao contrário da ideia geral sobre autoritarismo, as configurações atuais adotarem uma fachada de constitucionalidade e legitimidade oriunda da lei. Landau assume a realidade da Venezuela como um exemplo para explicar sua teoria, considerando que Hugo Chavez se utilizou da narrativa de que todo poder democrático emana do povo para articular a ferramenta participativa do referendo de modo que fosse legítima uma substituição constitucional que lhe era favorável. Elegeu-se, na ocasião, uma nova Assembleia Constituinte com regras que claramente favoreciam seus interesses políticos, ampliando o espectro de poder do Executivo. Situações semelhantes são vistas no Equador de Rafael Correa e na Bolívia de Evo Morales. É uma característica do constitucionalismo abusivo as táticas de fragilização de instituições democráticas capazes de se opor a esse processo de erosão democrática (LANDAU, 2013).

O constitucionalismo abusivo desdobra-se como um processo estratégico pelo uso de mecanismos constitucionais de proteção democrática em um exercício pervertido para o enfraquecimento do sistema democrático. Ainda que tenha um verniz democrático, esse desvirtuamento se revela quando (i) ocorrem reduções do grau de competitividade de oposição política no âmbito das disputas eleitorais, como também nos (ii) ataques na esfera de proteção dos direitos individuais e de proteção das minorias e dos grupos vulneráveis (LANDAU, 2013, p. 195-197).

Tushnet também desenvolve análises relacionadas aos contextos contemporâneos de perversão da Democracia constitucional, observando a existência de regimes que não se encaixam nas formatações políticas constitucionais apropriadas,

⁸² É possível extrair que o constitucionalismo abusivo se realiza com a utilização de instrumentos de mudança constitucional para que o Estado se torne significativamente menos democrático, assim utilizando de institutos do direito constitucional e do Estado Constitucional de Direito como mecanismos de violação da Democracia, pervertendo o uso de Emendas Constitucionais e substituição das Constituições por novas leis fundamentais (LANDAU, 2013, p. 195). O constitucionalismo abusivo na teoria de David Landau expõe como é possível estabelecer restrições ao pluralismo de uma dada sociedade, fragilizar e erodir a Democracia com o uso de ferramentas formais democraticamente reconhecidas de mudança constitucional. Esses atos dificultam uma constatação imediata de sua inconstitucionalidade ou da ameaça que constituem por sua máscara de aparente legitimidade constitucional. Ao atender requisitos formais exigidos, o exercício de determinadas estratégias apenas permite uma aferição a partir de seus resultados que se revelam contrários aos propósitos originalmente a eles atribuídos.

fazendo uso de ferramentas de reforma constitucional como meio de burlar reiteradamente as normas de limitação de poder.

Ao tratar do constitucionalismo autoritário, Mark Tushnet desenvolve esse conceito a partir de formatos de sistemas constitucionais em países como Singapura, onde é possível identificar algumas características em sua situação jurídica. Nesses contextos, a existência de um constitucionalismo autoritário permite a proteção intermediária de direitos e liberdades, por exemplo. Segundo Tushnet, o constitucionalismo autoritário se identifica por (i) ainda que não exista unicidade partidária, um único partido dominante⁸³ toma as decisões – o que faz o regime autoritário; (ii) não há prisão ou perseguição de oponentes de forma arbitrária ou clara, mas existe a possibilidade de alguma natureza sancionatória prevista como parte dos institutos legais, segundo a ordem jurídica; (iii) mesmo sancionados pelos procedimentos eleitorais, os indivíduos no poder estão passíveis de crítica, bem como permitem a existência de espaços onde as políticas adotadas possam ser criticadas; (iv) o regime articula e mantém eleições relativamente livres e justas, com ocorrências periódicas – entretanto, é identificável articulações que possibilitem maiores vantagens eleitorais ao partido dominante (o que torna desnecessárias as fraudes e as intimidações políticas); (v) o partido dominante se coloca como ouvinte da opinião pública e flexível para alterar suas políticas; (vi) são permitidas dissidências ao regime, o que inclui a possibilidade de cooptação dos dissidentes como mecanismos possíveis para garantir que a oposição não extrapole um limite aceitável pelo partido dominante; e (vii) os Tribunais possuem razoável independência e um aparente respeito pelo *rule of law* nas decisões dessas cortes (TUSHNET, 2015, p. 391-462).

Considera-se a existência de regimes híbridos, onde coexistem como um só governo aspectos democráticos e autoritários⁸⁴, entendendo que se trata de uma categoria autônoma⁸⁵ de constitucionalismo, e não um momento intermediário entre autoritarismo e Democracia. Tushnet entende, dessa forma, haver três tipos de constitucionalismo, além do liberal: (i) o constitucionalismo absolutista (onde um único decisor motivado por interesses supostamente atribuíveis ao bem da nação está tendente

⁸³ Seria possível expandir essa interpretação para as situações em que um conglomerado partidário se organize como uma unidade, o que é possível no presidencialismo de coalizão.

⁸⁴ Tushnet destaca ser um regime onde as decisões são tomadas por um único decisor, cujas decisões são formalmente reguladas por lei. Há que se ressaltar que estudiosos do constitucionalismo autoritário defendem que essas decisões estão reguladas por conflitos (estruturados e previsíveis) de poder (2015, p. 448).

⁸⁵ Ao entender se tratar de uma categoria autônoma, Tushnet consegue estabelecer distinções e contribuir para que se analise com mais clareza o fenômeno (2015, p. 396).

a proteger as liberdades individuais, sem que, todavia, deixe de decidir de modo discricionário); (ii) o constitucionalismo meramente *rule of law* (nesse sistema os decisores se conformam aos procedimentos gerais estabelecidos para implementação das decisões por meio de cortes independentes, sem que, todavia, esses decisores sejam obrigados por alguma norma substantiva); e (iii) o constitucionalismo autoritário (TUSHNET, 2015, p. 396).

Em uma análise muito similar, é possível mencionar as reflexões de Steven Levitsky e Daniel Ziblato, na obra *Como as Democracias Morrem* (2018). Levitsky e Ziblato avaliam como democracias tradicionais e aparentemente consolidadas podem entrar em colapso por meio de rupturas democráticas, manipulação do sistema eleitoral e ferramentas previstas na legislação (infra)constitucional. É uma análise relevante no sentido de demonstrar que movimentos aparentemente democráticos podem subverter o real sentido da Democracia para o atendimento de interesses privados ou setoriais⁸⁶.

David Landau e Mark Tushnet enxergam a América Latina como um cenário propício para o desenvolvimento de constitucionalismos abusivos e/ou autoritários. É compreensível essa constatação, considerando-se a crise da política representativa na região que potencializa a possibilidade de modificações constitucionais em razão de uma insatisfação popular, que se sente distanciada da classe política e cuja desconfiança se torna material de manobra e influência (em maior ou menor grau) de setores econômicos e privados (como segmentos religiosos, por exemplo).

A deturpação do constitucionalismo afasta a necessidade de rompimentos abruptos das dinâmicas políticas e a adoção de golpes de Estado para obtenção de um domínio centralizado do poder. Os golpes dentro dos formatos de “constitucionalismo deturpado” (ou conhecido como *constitucionalismo iliberal*) ocorrem mediante alteração de mecanismos de controle e fiscalização entre os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como com a articulação de coalizões partidárias. Além disso, a América Latina tem testemunhado o fenômeno do *superpresidencialismo*

⁸⁶ As reflexões apresentadas na presente tese buscam dialogar com essa questão, demonstrando que o efeito *backlash*, ainda que se “pinte” com tinturas de uma manifestação espontânea de insatisfação popular quanto a desacordos morais, é uma ferramenta potencialmente violadora da Democracia Constitucional, substancial e participativa. A partir disso, é possível compreender que a retirada de determinadas pautas do debate público, dado seu alcance argumentativo e racional, se constitui como um movimento de consolidação da Democracia e de sua estabilidade, integridade e coerência.

(também chamado de *hiperpresidencialismo*)⁸⁷ e do presidencialismo de coalizão que potencializam o uso de mudanças constitucionais como meio de manutenção do poder⁸⁸.

Ao utilizar as ferramentas constitucionais como sofisticada forma de deturpar o constitucionalismo, o constitucionalismo abusivo se mostra uma ferramenta de opressão e de destruição da Democracia constitucional sem que sejam utilizadas rupturas institucionais abruptas. O processo eleitoral permanece ocorrendo, mas mecanismos de Democracia direta, como plebiscito e referendo, prestam-se para a manutenção de um determinado grupo político no poder, em fragilização do pluralismo político e com o estabelecimento de obstáculos para que a oposição política participe do processo eleitoral em condições injustas e desiguais. Em tais cenários, violam-se e restringem-se direitos fundamentais, tal como ocorrido no nazismo, o qual se utilizou de expedientes constitucionais/legais para obter o poder mediante violação da Democracia (LANDAU, 2013, p. 195-200).

No que se refere ao problema das tiranias da maioria no *contexto eleitoral*, há um problema distinto, pois o significado da minoria é diferente. Sartori (1993) analisa que, com o resultado das votações, a minoria é aquela que não elege seus representantes, perde o voto (bem entendido pode significar o voto dado aos pequenos partidos, partidos minoritários). Assim, por meio da votação, a minoria não tem direitos, os perdedores são eliminados do jogo democrático “e ponto”, perdendo drasticamente nos sistemas eleitorais uninominais (onde 49% pode perder tudo) ou menos drasticamente nos sistemas proporcionais. O autor reconhece que, mesmo nos sistemas proporcionais, as minorias de votantes não chegam ao cociente requerido e acabam perdendo os próprios votos⁸⁹.

⁸⁷ Esse(s) modelo(s) de presidencialismo potencializam que aspectos como a popularidade da figura do presidente, ou mesmo a ausência dessa popularidade, se torne um vetor de crises políticas e sociais em uma determinada sociedade. Soma-se a essa questão a tendência de se atribuir um poder à pessoa do presidente, o que favorece um culto à personalidade em determinados contextos.

⁸⁸ David Landau destaca que presidentes eleitos dentro de um viés democrático (portanto dotado de uma legitimidade *a priori*) e com apoio parlamentar (o que é potencializado em um presidencialismo de coalizão) têm ao seu alcance uma possibilidade maior de promover reformas constitucionais. O objetivo, nesse caso, é (i) a manutenção desse presidente no poder, o que pode se dar via reeleições, ou mesmo como um status permanente, ou mesmo (ii) enfraquecendo mecanismos de controle externos (papel esse atribuído ao Poder Judiciário com certo protagonismo no constitucionalismo contemporâneo). Dessa forma, as Constituições são transformadas com Emendas Constitucionais estrategicamente produzidas, visto que estas possuem um verniz de legitimidade presumida, mas instrumentalizadas com objetivo de fragilizar a estabilidade democrática (LANDAU, 2013, p. 191). As Emendas Constitucionais funcionariam como uma espécie de “Cavalo de Tróia” para a Democracia.

⁸⁹ Cumpre destacar que o pensamento do autor ao se expressar com a ideia de “perder votos” não encontra concordância com as reflexões desenvolvidas nessa tese. Não se pode crer que votar em partidos menores, ou votar na proposta que não logra êxito poderia ser considerado como “perdido”. Ainda que não seja vencedora a proposta política votada, o ato de manifestar o voto é um ato político (mesmo que

Nesse sentido, Sartori destaca que, no aspecto eleitoral, não se trata de uma tirania da maioria, mas sim de uma *tiranía dos números* (ou *tiranía da quantidade*), em que só se conta a quantidade (ao invés da qualidade) dos eleitos⁹⁰. Desse modo, as eleições se converteram em um processo de seleção ao contrário, do trunfo dos piores, o que é motivo de preocupação (SARTORI, 1993, p. 89-90)⁹¹.

Por fim, no *contexto social*, o conceito de tirania da maioria muda de significado. Analisando Tocqueville (1968) e Mill (1859), Giovanni Sartori (1993) destaca que o primeiro declarava que a verdadeira essência do governo democrático consistiria na soberania absoluta da maioria, mas depois analisa seus efeitos sociais. Ambos os autores entendiam a tirania da maioria como uma opressão da sociedade sobre o indivíduo, sendo, sobretudo, espiritual (a imposição de um conformismo, em que o indivíduo deveria se adequar às regras da sociedade ou da comunidade em que vive).

Critica assim, Sartori, o uso impróprio do termo, destacando que a tirania *tocquevilliana* seria totalmente diferente da constitucional (normativa). Tocqueville defendia que, nas repúblicas democráticas, as maiorias apresentariam o laço formidável ao redor do pensamento⁹². Mill, destaca Sartori, reforçava que, quando a sociedade se convertia em tirano, o fazia de modo mais formidável que outras formas de opressão política, por incidir (profundamente) na intimidade da vida e acorrentaria a alma dos indivíduos⁹³. Portanto, é necessário proteger também contra tiranias de opiniões e dos

pelo critério prático majoritário não tenha importância factual) e representa que a proposta vencedora não é unânime. Aquele(a) que ganha com uma margem menor de diferença deve (ou deveria) entender que há interesses quase equivalentes no jogo democrático que precisam ser considerados ao se governar (ou legislar). Assim, ainda que se entenda que Sartori compartimentaliza as dimensões para tecer suas análises, essa visão (utilitarista talvez) do processo eleitoral como sumarização do jogo democrático é perigoso, por limitar (injustificadamente) a participação popular e reforçar uma visão pessimista para os grupos minoritários (que dificilmente têm espaço ou chance) nesse tipo de cenário.

⁹⁰ Essa tirania no contexto da maioria é resultado de uma escolha de formação representativa política, mas não pode ser encarada como uma situação sem solução ou sob uma perspectiva fatalista. No que se refere a essa questão específica o constitucionalismo democrático oferece mecanismos de contenção por parte de outros poderes, como a presente tese observa ser o caso do Poder Judiciário, quando, por força da CRFB/88, recebe do Poder Constituinte a função de tutelar os interesses das minorias à luz dos direitos humano-fundamentais e, nesse sentido, atuando de forma *contramajoritária* se (e quando) o interesse constitucional assim determinar. Por certo não se pode tomar, nem o critério de defesa das minorias nem o critério da atuação *contramajoritária* como regras ou compromissos vinculantes das Cortes Constitucionais, que, historicamente, atuam muito mais a favor do sistema do que no sentido de quebra do *status quo*.

⁹¹ Uma abordagem mais significativa desse contexto se faz no Capítulo III e na Parte II da presente tese.

⁹² Aqui poderia ser entendido como uma forma de sinalizar o pensamento hegemônico como norteador das convenções sociais buscando uma unidade. Essa ideia de unidade e identidade é, em certa medida, um dos marcos dos Estados (e sociedades) modernas.

⁹³ A importância da tutela jurídica e principiológica das conquistas das minorias (como o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas e do casamento igualitário) encontram respaldo nesse tipo de situação

sentimentos prevaletentes, resistindo à tendência da sociedade de impor ideias e costumes como regras de condutas para aqueles que se afastam, de maneira a obrigar todos os indivíduos a uniformizarem-se com seu modelo (SARTORI, 1993, p. 90-91).

A tirania social, no sentido proposto por Sartori, significaria, também, a tirania sobre o pensamento. Considerando que as sociedades impõem um determinado modo de agir e viver (imposição da lógica ou forma hegemônica da sociedade), a preocupação em face das minorias (como grupos que se afastam desse modelo padrão estabelecido) envolve a garantia de exercício da liberdade de pensamento e liberdade de escolha de estilo de vida. Se for próprio pensar que existe uma padronização de pensamento (que seria “natural”) nas dinâmicas sociais em busca da ordem social (aqui se pontuando que as organizações sociais procuram estabelecer regras de convivência, direitos e deveres na busca por uma estabilidade social), vê-se que a tirania seria a subversão dessa lógica com uma repressão ideológica sobre os que estão à margem desse pensamento⁹⁴.

Considerando que a segunda metade do século XX e o início do XXI foram marcados pelo reconhecimento da pluralidade de visões sociais, da multiplicidade de opiniões e da quebra da naturalização do pensamento hegemônico; a teoria democrática precisa acompanhar tais aspectos⁹⁵. A democracia e sua relação com as majorias e as minorias mudou pela crescente (ainda que claudicante) visibilidade política dos grupos minoritários e vulneráveis e da posituação (ainda mais vacilante) de seus direitos aumentando, por conseguinte, a participação desses grupos no jogo democrático.

Para Pereira (2012, p. 71), o processo deliberativo, como é tradicionalmente pensado, deve ser constantemente questionado, na medida em que “as relações humanas são conflitivas e estes conflitos estão espalhados por todas as esferas da sociedade, tendo a política [então] a função de lidar com este componente humano”. O conflito é inevitável, e isso pode levar à adoção de posturas que contradigam o pensamento teórico tradicional, pois não há garantias de que, durante o processo, os participantes busquem o consenso podendo considerar esse objetivo como algo opressivo. Há disposição para o consenso, mas não existem razões que garantam que deliberar conduza à produção desses acordos. Pereira se apoia em Sunstein (2003) para destacar que “a possibilidade

(de opressão social), também muito relacionado com as dimensões do reconhecimento em Axel Honneth (para mais ver a Parte II da presente tese).

⁹⁴ Não se condena a busca ou estabelecimento de padrões como norteadores de uma dada sociedade. A Psicologia indica que, como seres sociais, é natural que se busque a proximidade com outros em razão de similaridades e afinidades. O problema está quando essa visão se corrompe em agredir o diferente como ameaça como se não fosse possível em sociedade conviverem distintos grupos com afinidades entre si, mas divergentes em alguma medida.

⁹⁵ A tirania no contexto social é objeto de embate de movimentos sociais organizados de contracultura.

de uma polarização dentro do processo deliberativo deve ser levada em conta seriamente” (PEREIRA, 2012, p. 71).

Miguel Godoy apresenta particular preocupação quanto ao processo deliberativo e à necessidade de não se afastarem as instâncias representativas no debate democrático como forma de que possam “fazer resistência” aos avanços do Poder Judiciário. Godoy resgata o conceito de “juristocracia” (*juristocracy*) desenvolvido por Ran Hirschl (2008) e “supremocracia”, que, no Brasil, teve como representante Oscar Vilhena Vieira (2008) que cunhou o termo, sendo ambas as expressões de diagnóstico concordante, mas de razões divergentes.

Godoy esclarece que, para Hirschl, há interesse das elites na preservação de seus interesses (manutenção do *status quo* que não encontraria sustentação popular), de modo que é retirado do debate público. Já Oscar Vilhena Vieira entende que o fenômeno envolve “por objetivo traduzir a recente autoridade adquirida pelo Supremo Tribunal Federal com a Constituição de 1988 de governar jurisdicionalmente”⁹⁶ expandindo-se sobre os demais Poderes (GODOY, 2015, p. 43-45).

Interessante destacar, no pensamento de Marilena Chauí (2005, p. 24-25), que, se a Democracia ultrapassa a mera ideia de um regime político identificado à forma do governo, para concebê-la como modelo geral de uma sociedade democrática, é preciso considerar alguns aspectos. Cabe reconhecer que (i) a sociedade é dividida em classes e também estabelece padrões sociais, logo as classes dominantes determinam, por meio do poder político, os valores atribuídos a esses padrões⁹⁷; (ii) a forma sociopolítica é definida pelo princípio da isonomia (igualdade dos cidadãos perante a lei) e da *isegoria* (direito de expor publicamente opiniões para que possam ser discutidas pela coletividade que as aceita ou recusa⁹⁸), visto que todos são iguais por serem livres (de modo que ninguém está sob o poder de outrem), devendo todos obedecerem às leis cuja

⁹⁶ O autor menciona as Emendas n. 03/1993 e 45/2005, e as Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999.

⁹⁷ Nesse sentido a autora destaca que na sociedade de classes, há uma determinação quanto as “relações sociais, os valores, os símbolos e o poder político a partir da determinação do justo e do injusto, do legal e do ilegal, do legítimo e do ilegítimo, do verdadeiro e do falso, do bom e do mau, do possível e do necessário, da liberdade e da coerção” (2005, p.24).

⁹⁸ Poder-se-ia dizer, portanto, que sob tal dimensão tanto a lógica agregadora do consenso de Habermas, quanto a do dissenso de Chantal Mouffe estariam contempladas, em teoria.

autoria também é de todos⁹⁹ – aqui o principal obstáculo da sociedade de classes é manter os princípios da igualdade e da liberdade numa realidade de desigualdade¹⁰⁰.

Se existem desigualdades reais, é preciso (iii) considerar a Democracia como forma política em que o conflito é considerado legítimo e necessário¹⁰¹, sendo expresso (o dissenso) buscando as mediações institucionais, em uma visão destoante de outras visões da Democracia como espaço do *consenso necessário/obrigatório*, o que ressalta a dificuldade das democracias contemporâneas de trabalharem a partir dos e com os conflitos: como fazê-lo quando as controvérsias assumem a forma de contradição (que só se resolve com a mudança estrutural da sociedade) e não de mera oposição (que se resolveria sem essa modificação).

Partindo de tais considerações, (iv) a forma sociopolítica busca superar as dificuldades referenciadas conciliando os princípios da igualdade e da liberdade com o reconhecimento real das desigualdades, do princípio da legitimidade do conflito e da existência de contradições materiais – o que implica dizer que a Democracia não deve se limitar a garantir direitos, mas se caracteriza por reconhecer (e criar) direitos novos a partir de condições históricas e lutas sociopolíticas, o que revela ser a Democracia o único regime político verdadeiramente flexível a mudanças temporais, assimilando o novo como parte de sua existência, o que faz da temporalidade parte constitutiva de sua natureza¹⁰².

A Democracia contemporânea, construída a partir desses processos históricos, (v) é a única forma sociopolítica onde o caráter popular do poder e das lutas evidencia a sociedade de classes, a partir do ponto em que só há ampliação dos direitos e de seu alcance quando classes populares agem contra a cristalização jurídico-política que favorece as classes dominantes. A marca, segundo Chauí, das democracias contemporâneas¹⁰³ seria o fato de que apenas as classes populares e os excluídos

⁹⁹ A autoria das leis seria “coletiva” visto que o povo seria autor diretamente nas democracias participativas, ou indiretamente nas democracias representativas. Obviamente aqui se trata de uma questão puramente ideal ou teórica quando pensamos a partir da Democracia representativa brasileira, considerando que a produção legislativa passa ao longe da população, em regra.

¹⁰⁰ Os parágrafos seguintes, como se depreende da explicação, estão amparados na reflexão de Marilena Chauí tal como referenciado.

¹⁰¹ O conflito é considerado legítimo e necessário, pois as desigualdades reais presumivelmente indicam pautas e necessidades distintas. O conflito assim se forma com necessidades diversas e (a priori) igualmente legítimas buscando ocupar os mesmos espaços no debate político e demandando movimentos institucionais específicos.

¹⁰² Essa lógica se faz presente e em alguma medida orienta a Parte II da presente tese.

¹⁰³ A autora usa a denominação “democracia moderna” ao invés de democracia contemporânea. Entretanto, considerando que a presente tese analisa os fenômenos a partir de um marco filosófico da pós-modernidade o uso da expressão *pós-moderna* ou *contemporânea* se mostra mais bem enquadrada.

reivindicam¹⁰⁴ o reconhecimento de direitos (já existentes ou novos), significando que o exercício da (e a própria) cidadania se faz pela e na criação desses espaços sociais de luta e na construção de instituições *que criem, reconheçam e garantam direitos* no espectro político como expressão permanente (2005, p. 25).

Por fim, Chauí destaca que (vi) nas democracias contemporâneas a distinção entre poder e governante não se limita com a *presença de leis e pela divisão de várias esferas de autoridade*, envolvendo também a existência do processo eleitoral (não por significar apenas alternância de poder, mas que o detentor desse poder é a sociedade e o governante apenas ocupa um mandato temporário) no sentido que *eleger é afirmar-se soberano para escolher ocupantes temporários do governo* (2005, p. 25).

Convém, portanto, afastar do cenário nacional as alegações de que a ampliação dos direitos fundamentais implicaria a impossibilidade da participação democrática, sob a suposta razão de que o processo democrático pressupõe debate e a ampliação dos direitos fundamentais tiraria do palco político esse instrumento. A Democracia é, em algumas leituras, fundada na tomada de decisões coletivas após deliberações populares, mas não é a sua integralidade. Algumas questões ficam fora da deliberação popular, mas não são, por isso, menos democráticas visto que estão passíveis de controle e fiscalização popular.

Quando se pensa na forma com que o Estado, em suas diferentes manifestações (Executivo, Legislativo e Judiciário), tem encarado a questão das minorias e dos grupos vulneráveis apenas fica reforçada a conclusão de que o panorama nacional demonstra a fragilidade da experiência democrática e a falta de consciência política solidária da população. Como proposto por Chauí (2005), os excluídos movem (ou buscam mover) as lutas por progresso jurídico e político¹⁰⁵.

Considerando a construção da Democracia brasileira (pois se trata de um processo em andamento) a realização de “soluções coletivas para complexos problemas que denunciam exige um engajamento cotidiano de cidadania, o debate, a reflexão

Entretanto, sempre que tais *adaptações* ocorrem o texto apresenta o cuidado de renovar esse esclarecimento.

¹⁰⁴ É importante pensar na população LGBTQ+ como uma classe, dada a identidade firme enquanto grupo. Sugere-se a leitura de “Movimentos Homossexuais: a constituição da identidade coletiva entre a economia e a cultura. O caso de dois grupos brasileiros” de Frederico Viana Machado e Marco Aurélio Máximo Prado (2005).

¹⁰⁵ Há, historicamente, flagrante marginalização e exclusão de minorias e grupos vulneráveis em políticas públicas, legislações e decisões judiciais. A complexidade da realidade ganhou novas camadas com a proposta de uma Democracia global, com mais participação (debates globais voltando-se para uma direção macro) de minorias e grupos vulneráveis (levando em consideração as pluralidades globais, onde o debate se volta sua atenção ao micro).

profunda, o que demanda uma forma de mediação institucional”. As manifestações testemunhadas no País (por exemplo, a favor do *impeachment* a partir de março de 2015) demonstravam “que o objetivo almejado, em geral, não consistia em transferir definitivamente para as mãos do povo o controle sobre a democracia”, visto que buscava apenas “destituir uma governante na (falsa) esperança que outro poderia desempenhar melhor tal tarefa dentro da mesma estrutura política e econômica” (GASPARDO, 2018, p. 66)¹⁰⁶.

A sociedade brasileira, como se observa, talvez (e potencialmente) por sua Democracia ainda jovem e por uma História que pouco experienciou a vivência democrática, ainda se vê muito ligada ao contexto de Democracia liberal clássica, de viés (excessivamente) voltado ao elitismo democrático (no contexto da teoria liberal-elitista, onde uma “elite” política melhor conduziria os interesses coletivos), visando, na delegação da responsabilidade por meio do voto, a uma “escusa de consciência” sobre as decisões políticas¹⁰⁷.

A Democracia representativa, sob o aspecto político, poderia remediar a ditadura das maiorias por não existir *uma transitividade estrita entre a vontade dos eleitores e a atuação dos representantes, o parlamento poderia resistir legitimamente a força irresistível do ponto de vista da maioria*¹⁰⁸. Argumenta-se que “a principal dificuldade institucional da democracia é agregar as vontades (preferências) individuais de forma justa, tanto para as maiorias, quanto para as minorias”. Logo, essa questão “passa pela organização de um sistema eleitoral adequado e pelo desenvolvimento das formas

¹⁰⁶ Como destaca Gaspardo, o exercício democrático implicaria o controle do povo sobre a Democracia, dotando-o com o “poder de encontrar soluções para os problemas políticos e econômicos do país por meio do exercício de uma cidadania ativa em conselhos, conferências, audiências públicas e outros espaços participativos que possam ser imaginados” (2018, p.66). A partir dessa observação, nota-se que a sociedade brasileira ainda padece de imaturidade de cultura cívica, especialmente considerando que para uma parcela significativa da sociedade ainda existem aspectos materiais dos direitos fundamentais sem implementação e uma parcela ainda maior desconhece a fundamentalidade dos direitos fundamentais razão pela qual a manipulável opinião pública se configura em um risco se a bajuladora ideia de “vox populi vox dei” for levada às últimas consequências. Em certo sentido é possível identificar o Poder Judiciário (especialmente na dimensão do Supremo Tribunal Federal, em sua posição de Suprema Corte e Corte Constitucional) como um legítimo *locus* de busca pela efetivação da democracia. Trata-se de um processo em que é preciso garantir a materialidade de direitos (mesmo que seja via judicial) o que incorpora no sistema jurídico a importância do debate democrático pela conscientização dessa necessidade como se fosse um efeito indireto da democracia ou, dito de outra forma, a democracia pudesse ser participativa por meio da judicialização (ainda que individual) de interesses coletivos – como é o caso do casamento igualitário e outras demandas de minorias.

¹⁰⁷ É preciso pensar na gravidade de uma participação popular sem limites e com plenos poderes, como poderia se dar em uma dinâmica referendária ou plebiscitária, ou mesmo se aceitando a Democracia como sinônimo de processo eleitoral onde um cheque em branco é dado ao Executivo e ao Legislativo (visto que estariam dotados de irrestrita legitimação de seus atos pela “vontade popular”).

¹⁰⁸ Por óbvio essa Democracia representativa não pode prescindir de permeabilidade participativa, essencial para uma conjuntura substancialmente democrática.

institucionais da participação popular, além da cultura da transparência e *accountability*”¹⁰⁹ (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 168).

As democracias representativas e também deliberativas¹¹⁰ (um meio termo entre elas) seriam um caminho possível se houvesse filtros limitadores em questões controvertidas envolvendo os direitos humano-fundamentais¹¹¹. Os representantes estatais serviriam como guardiões da ordem jurídica e do progresso em matéria de direitos fundamentais, impedindo que as dimensões participativas pudessem prejudicar isso. A dimensão participativa serviria de resistência caso os representantes adotassem uma postura de ameaças a esses ideais de tutela de direitos e de progressividade no seu reconhecimento e na sua implementação.

A partir da releitura da teoria diante das demandas atuais, a conexão “pouco trivial” entre a soberania popular, o poder constituinte e a prática política constituída deixaram de ser óbvias ou ordinárias. Essa releitura facilmente permite inferir que não há uma definição clara e estática sobre quais são os limites e as qualidades daquilo que chamamos de povo (ROSA, 2017, p. 12-13)¹¹². Nesse ponto, em uma sociedade plural, as dimensões deliberativas e representativas são importantes, mas devem (re)conhecer seus limites de atuação na prática política. Sob tal mister, o poder constituinte e a soberania popular devem estabelecer autolimitações na dimensão ética de seu próprio exercício, considerando o ideal humanista de progresso como um verdadeiro pacto global de viés democrático¹¹³.

¹⁰⁹ O *accountability* horizontal é um dos aspectos a ser mais bem desenvolvido na atuação das Cortes Constitucionais, o que demanda maiores reflexões sobre a arquitetura institucional, onde e como as Cortes estão inseridas.

¹¹⁰ O modelo de Democracia deliberativa, à luz da proposta *habermasiana*, propõe que processos políticos e conflitos sociais, por meio da institucionalização da deliberação pública, possam se aproximar. Num sentido simples, segundo Gasparido, Habermas propõe que a argumentação se contraponha ao *decisionismo* e nesse sentido “a deliberação não se reduz à decisão da maioria, mas deve perpassar a discussão racional com a participação de todos os potencialmente interessados” (GASPARIDO, 2018, p. 69).

¹¹¹ A despeito das críticas apresentadas não se pretende “refutar o valor normativo do modelo participativo da democracia”, pois, exatamente “sua defesa parece-nos mais urgente do que nunca”. Entretanto, como destacado, “é necessário repensá-lo a partir de um contexto bastante desfavorável e diferente do vigente logo após o processo de redemocratização brasileiro” (GASPARIDO, 2018, p.66) ou mesmo à luz da teoria clássica da Democracia que parece insuficiente.

¹¹² Uma análise mais detida se faz na Parte III da presente Tese sobre os limites do poder constituinte e as teorias de soberania dos poderes constituídos.

¹¹³ Vale o destaque que, ainda que se tema *parecer antidemocrata*: a Democracia é a melhor forma de governo, mas essa defesa apenas está justificada na medida em que as razões para isso sejam compreendidas (e compreensíveis), sendo cabal ponderar que o grau de efetivação dos direitos humano-fundamentais é condição para se reconhecer uma Democracia real e viva, esta que deve estar preocupada em primeira e última análise com a dignidade humana (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 171).

Assim, o que se defende por concepção contemporânea de Democracia envolve trazer à tona um republicanismo civil, igualmente contemporâneo, que *reconhece a prevalência do direito sobre o bem, mas que sabe que isso é o resultado de práticas hegemônicas que definem o razoável para contextos democráticos*¹¹⁴. Nessa concepção, existe a prioridade do Direito, pois as sociedades democráticas estão construídas sobre instituições definidoras dos sujeitos políticos como sujeitos de direito. Direitos, nessa esteira, atribuídos por essas sociedades democráticas que, por isso, acabam por construir algum consenso sobre sua particular noção *de bem e de justiça* (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 170).

Como destacado por Ulrich Richter Morales, não há Democracia perfeita, visto que, desde o Iluminismo, Jean-Jacques Rousseau já advertia que nunca existiu, nem existirá jamais, verdadeira Democracia. Richter Morales, com arrimo nas disposições do filósofo, descreve que são muitas as condições que devem ser cumpridas para que a “verdadeira” Democracia aconteça¹¹⁵: (i) um Estado muito pequeno, de forma a possibilitar a reunião do povo e onde cada cidadão possa sem dificuldades conhecer os demais; (ii) uma grande simplicidade dos costumes que preveja ou resolva com antecipação a multidão de negócios e de deliberações espinhosas; (iii) muita igualdade entre os indivíduos e as fortunas¹¹⁶; e (iv) por último, pouco ou nenhum luxo. Apenas um povo composto por deuses, relembra Richter Morales, com respaldo em Rousseau (2006), se governaria democraticamente, estabelecendo que um governo tão perfeito não seria conveniente aos homens (RICHTER MORALES, 2013). Em todo caso, essa “fórmula” também parece pouco prática para o contexto aqui desenvolvido.

A Democracia é dotada de mais virtudes do que vícios, de modo que, possuindo *disfuncionalidades* em seus desenhos institucionais, não se pode “abandonar a democracia como aporia política e como horizonte ético de toda fórmula política” (ALVES, 2013, p. 151). Nesse sentido, é salutar trazer ao debate a percepção da Democracia liberal, dentro da teoria de Chantal Mouffe, que entende a Democracia como um projeto que envolve a *impossibilidade* de uma reconciliação entre liberdade e igualdade, ou seja, constituindo-se como um paradoxo da inviabilidade de conjugação entre a soberania popular e os direitos individuais fundamentais sem maiores tensões.

¹¹⁴ Aqui, nas leituras sobre as práticas hegemônicas escolhe-se por entender a dimensão global da Democracia que no debate internacional se legitima pelo progresso na luta dos direitos humanos.

¹¹⁵ O autor sinaliza para uma Democracia direta, no caso.

¹¹⁶ Por fortunas, além das condições patrimoniais também deve-se considerar a igualdade de oportunidade, visto que fortuna também quer dizer sorte.

Sobre a Democracia moderna, é identificável a presença de um aspecto de incompletude, de abertura e não realização completa, disso resulta ser um regime adequado para os contextos políticos e sociais contemporâneos (MOUFFE, 1996, p. 148). É necessário destacar que essa *impossibilidade* de reconciliação não é algo necessária e unicamente negativo.

A Democracia como aporia, na teoria *mouffiana*, se apresenta como um projeto futuro de impossível realização imediata, ou seja, não alcançável plenamente no presente. Além disso, a perspectiva *mouffiana* reconhece a existência permanente de tensão entre os princípios básicos da democracia liberal, o que nega uma reconciliação final possível¹¹⁷. Nas sociedades contemporâneas a Democracia está caracterizada pela sua fluidez, por indeterminação de sentido e inexistência de um sentido único – o que é resultado da coexistência de valores e concepções de bem diversos. Essa teoria se abre para o pluralismo da Democracia onde o conflito tem valor central, sendo a partir dessa concepção agonística que Chantal Mouffe desenvolve sua análise relativizando o espaço das leis positivas de modo que a delimitação entre a esfera política e jurídica fica arrefecida. Dessa maneira, a crise representativa, recebe leituras na teoria *mouffiana*, como um processo crescente de migração das decisões do campo político para o jurídico. A atual apatia política nas sociedades democráticas liberais é resultado de um processo de substituição da política pela ética e pela moralidade. Com a necessidade de consenso, as decisões políticas são encaradas como se dotadas de natureza técnica e, por isso, se resolveriam melhor por juízes ou tecnocratas que seriam sujeitos supostamente imparciais (MOUFFE, 2003, p. 17-18)¹¹⁸.

Cabe ainda uma observação sobre a liberdade dentro da Democracia. Muito da contestação¹¹⁹ sobre a realização da Democracia brasileira é fruto do pensamento de esquerda, pois apresenta uma “compreensão do social como divisão interna das classes” (ainda que a partir da exploração econômica), de modo que a luta de classes redefine a Democracia, que passa a não se limitar a um regime político, mas conduzindo a ideia de *sociedade democrática*. Considerando as lutas das classes trabalhadoras nos séculos XIX e XX, houve ampliação do que se deveria conceber como direitos anteriormente

¹¹⁷ É em razão disso que a abordagem do constitucionalismo democrático e da Democracia Constitucional se mostram tão adequados para enfrentar tais questões.

¹¹⁸ É possível inferir que Mouffe destaca que grande parte da política democrática se encontra na negociação do paradoxo e de articulação de soluções precárias, sendo descabido buscar uma solução racional final (que é, em sua concepção, infrutífera). Para a autora a Democracia deve(ria) renunciar às formas de escapismos (que estão relacionados com a política dos efeitos do pluralismo de valores) e deveria enfrentar o desafio decorrente do reconhecimento do pluralismo (MOUFFE, 2005, p. 16-17).

¹¹⁹ Contestação que, de alguma forma, aprimora o princípio liberal da liberdade.

definidos pelo liberalismo como civis ou políticos, permitindo o reconhecimento de direitos econômicos e sociais. O foco do pensamento de esquerda, nesse contexto, foi o de destacar a ideia e a prática da participação, “ora entendida como intervenção direta nas ações políticas, ora como interlocução social que determina, orienta e controla a ação dos representantes” (CHAUI, 2005, p. 23-24).

Analisar criticamente a Democracia constitui-se como uma medida a qual deve ser sempre reiterada (ao mesmo tempo em que é urgente), pois facilmente se incorre (em momentos de crise, especialmente) em duas tentações como destacadas por Marcelo Braz que são (i) “a de *subestimar a democracia*, mesmo que burguesa”; e (ii) “a de *superestimar a democracia burguesa*” (2017, p. 90). O autor assim se manifesta por entender que (i) é na Democracia, como modelo superior a qualquer tipo de ditadura, que se reúnem “condições para avançar, lutar, resistir”, de modo ser necessário “denunciar qualquer tipo de recuo democrático” que potencialmente “*é um atalho para mais recuos democráticos* que estão se desenhando em todos os níveis da sociedade brasileira”. Além disso, (ii) não se podem ignorar os limites próprios da Democracia, pois sua essência burguesa não permite “uma participação real das massas do povo na direção/gestão do Estado”, esgotando-se em limites formais. A Democracia burguesa ainda que permita algumas dimensões de “socialização da política” não permite a “socialização do *poder político*” (BRAZ, 2017, p. 90)¹²⁰ algo que precisa ser repensado em razão da busca por uma Democracia Constitucional que tenha o povo como agente ativo no processo¹²¹.

Dentro dessa dinâmica, é preciso pensar também criticamente a teoria constitucional da tripartição dos poderes constituídos em suas leituras estagnadas e identificar os paradigmas estabelecidos pela pluralidade dentro da Democracia. Tais considerações permitem observar a necessidade de uma conciliação real (ainda que

¹²⁰ A conformação burguesa da sociedade tornaria, inclusive, a socialização do poder político um novo problema democrático. Considerando-se que a maioria esmagadora da sociedade está desprovida de direitos materiais básicos e não recebe(u) educação política para que possa exercer (com maturidade) seus direitos políticos, facilmente se verteria essa “socialização do poder político” em uma manobra de controle das massas e restabelecimento do *status quo*.

¹²¹ Um dos aspectos relevantes da Democracia como um modelo valioso não está simplesmente em proporcionar regras para resolver disputas políticas, mas por propiciar (melhor que os outros sistemas) o desenvolvimento da autonomia individual, do diálogo, da igualdade de direitos e da participação em assuntos comuns – valores que se buscou historicamente incluir nas Constituições (SANCHÍS, 2003, p. 137).

jamais desprovida de tensões) entre Democracia e constitucionalismo¹²². Esse é o ponto principal do capítulo que segue.

¹²² A Democracia é um direito fundamental que legitima a construção de um ambiente favorável ao exercício e a garantia dos direitos humanos fundamentais e é, ao mesmo tempo, esse ambiente marcado por instituições e direitos que garantem o exercício da Democracia. Ao ser o ambiente de promoção do exercício desse direito, a Democracia é um sistema/direito que se retroalimenta, mas tem sua justificação externa: na dignidade humana e no exercício das liberdades individuais. O exercício dessa liberdade vai desde o aclamado direito de ir e vir ao direito de poder livremente contrair união com quem livremente deseja sem que tal liberdade seja injustificadamente cerceada.

Capítulo II. A TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DA TRIPARTIÇÃO E OS PODERES CONSTITUÍDOS

É uma santa coisa a democracia, — não a democracia que faz viver os espertos, a democracia do papel e da palavra, — mas a democracia praticada honestamente, regularmente, sinceramente. Quando ela deixa de ser sentimento para ser simplesmente forma, quando deixa de ser ideia para ser simplesmente feito, nunca será democracia, — será espertocracia, que é sempre o governo de todos os feitos e de todas as formas.

Machado de Assis, em *Ao Acaso* (1864).

Uma questão a sobre a abordagem constitucional é se a Teoria da Separação dos Poderes é corretamente interpretada no contexto democrático e se é necessário reconsiderar certos paradigmas “socialmente” construídos sobre o que deve ser entendido nesse aspecto. Um ponto que não pode escapar da análise é se o “Poder” pode realmente ser dividido e se a teoria realmente considera uma divisão objetiva e crucial dos “titulares” das partes do(s) Poder(es)¹²³.

A importância dessa questão para a discussão desenvolvida na presente tese e sua problemática envolve tratar-se de um tema relevante no contexto do Direito Constitucional e do Constitucionalismo contemporâneos. A separação de Poderes está

¹²³ Tavares, com apoio na doutrina de Afonso Arinos de Melo Franco (1976), destaca um possível esclarecimento interpretativo das contribuições montesquieuanas sustentando que em “Espírito das Leis” o filósofo teria defendido a *unidade da soberania* do Estado que é *una, singular e indivisível*, o que não pode ser confundido com *unidade do poder* do Estado, visto que esse poder é divisível em órgãos ou funções por ser funcionalmente plural. Nesse sentido, o unitário poder-soberania não poderia ser confundido com os plúrimos poderes-funções (essa divisão que seria objeto da teoria de Montesquieu) que devem ser controlados para que se evitem abusos. Essa análise observa que um governo se tornaria de funcionamento inviável se os poderes-funções fossem *absolutamente* separados. Tavares, assim, defende a evolução da ideia de uma *teoria da separação* dos poderes-funções do Estado para uma proposta de uma *teoria da limitação* desses poderes ou, melhor dizendo, uma *teoria de interlimitação*, já que a tendência do poder é de expansão até que ele seja impedido por um outro poder igual (TAVARES, 1980, p. 58). Nesse sentido, considerando o constitucionalismo e uma análise do “sistema principiológico da Teoria da Separação dos Poderes”, é possível notar que a teoria versa não sobre a divisão/separação de poderes estatais, mas, na verdade, o que se propõe é uma “divisão das funções do poder estatal”, sendo o poder político “uno, indivisível e indelegável” (BRASIL; GOMES, 2016, p. 104). Vale destacar que também para Bottallo, a despeito de ser uma expressão consagrada (e por isso mesmo adotada nas análises da presente tese), a divisão de poderes seria melhor (mais técnica e mais corretamente) expressada por *divisão de competências* do Estado (este, dotado de Unidade), como analisado pela doutrina (BOTTALLO, 2007, p. 41). Segundo as análises de Bottallo, Jellinek (1936) destaca, por exemplo, que para os constitucionalistas estadunidenses (sendo os primeiros a adotar a divisão) os poderes originalmente pertencem ao povo que os entrega a determinados órgãos para que os represente. Destaca também que a primeira Constituição francesa apresenta uma contradição, pois adota a divisão dos poderes, mas também declara que a soberania é indivisível, inalienável e imprescritível, pertencendo à nação e não cabendo a ninguém atribuir seu exercício. A contradição seria posteriormente solucionada com a doutrina do poder constituinte que haveria de pertencer ao povo de modo inalienável, abrindo-se como unidade originária dos poderes e como exercício do direito de modificar a Constituição. Bottallo destaca que na percepção de Giorgio Del Vecchio (1957), a teoria de Montesquieu da *Divisão dos Poderes* seria, com melhor rigor, ser chamada de “distinção de funções”. Bottallo acrescenta ainda que, para Alexandre Groppali (1962), a teorização sobre a separação de poderes seria mais bem compreendida como um complexo de órgãos com titularidades e exercícios específicos exercendo competências especiais como destinado pela ordem jurídica (BOTTALLO, 2007, p. 41).

diretamente relacionada com o controle de constitucionalidade e com a (im)possibilidade de positivação de direitos a partir da atuação das Cortes Constitucionais na garantia dos direitos das minorias e de grupos vulneráveis, bem como se consolidando como espaços de representação política e social por meio da judicialização da política¹²⁴.

A titularidade do Poder está vinculada com a titularidade da soberania, antes na figura pessoal do monarca, posteriormente na figura do povo, mas sempre com a perspectiva de unidade (mesmo que fracionada), o que indica a necessidade de questionar se os (assim chamados) Três Poderes estão (apenas) numa posição de *independência e harmonia*¹²⁵ entre eles como entidades separadas e autônomas¹²⁶.

A análise da teoria de separação dos Poderes dentro da teoria constitucional contemporânea envolve resgatar, em alguma medida, a discussão do princípio da supremacia do Poder Legislativo (que se fez presente na teoria francesa e na teoria britânica) como primeira grande onda teórica e que ainda existe em análises do constitucionalismo político.

É preciso pontuar a teoria da supremacia judicial, desenvolvida na teorização estadunidense, que atribui à decisão judicial um peso maior de amparar a realidade que as produções legislativas (visto que havia uma desconfiança quanto à produção elitista das leis emanadas da metrópole inglesa).

Essas reflexões teóricas ligadas à separação dos Poderes (ora conferindo supremacia ao parlamento ora aos juízes) parecem enxergar com especial desconfiança o Poder Executivo, sempre atrelado à figura de Governo (mais do que os outros, pelo menos) e que esteve historicamente vinculado ao Monarca e, portanto, muito mais próximo de um risco autoritário e centralizador que os demais¹²⁷.

¹²⁴ Esse tema (atuação das Cortes e Tribunais constitucionais e judicialização da política) é retomado nos Capítulos VII, X e XI de modo mais central.

¹²⁵ O texto constitucional dispõe que “São poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Art. 2º, CRFB/88).

¹²⁶ Como se observa na presente Tese há muita produção teórica e filosófica sobre os conceitos de “supremacia do parlamento”, “supremacia judicial” e “supremacia da Constituição”, mas não se vê (no debate Democrático) um olhar sobre uma “supremacia do Executivo” na interpretação do significado da Constituição. Uma das explicações possíveis se encontra no fato que a doutrina da separação dos poderes enxerga com especial desconfiança o Executivo (que é normalmente representado pelo Governo) e que esteve historicamente vinculado ao Monarca. Não se pode ignorar, todavia, que também o Executivo faz parte da construção do significado da Constituição em uma sociedade Democrática.

¹²⁷ A tensão entre os três poderes tem sido testemunhada na história constitucional. Conforme questões político-sociais conjunturais houve momentos de ascendência (ou protagonismo) de um sobre os demais, variando em tempo e lugar, o que é tolerável e razoável até certo ponto, mas que carrega consigo o risco de degenerar em “ruptura do Estado de Direito e a sociedade desequilibrada cair no regime da força” (TAVARES, 1980, p. 58).

A teoria da separação muda com o passar do tempo ganhando camadas e contornos, passando por uma necessária adaptação aos contextos internos como forma de manter o Estado equilibrado, mas, simultaneamente, com sua liberdade de atuação sob controle. Essa perspectiva de contestação da teoria de separação dos Poderes tem sido fortemente influenciada pelo constitucionalismo – um movimento diverso (não se poderia falar na existência de um único modelo ou identidade) de natureza político-jurídica, desenvolvido como técnica de limitação do poder estatal por força de uma Constituição.

Esse movimento se origina, principalmente, com as Revoluções Norte-Americana e Francesa, resultando nos documentos constitucionais respectivos (em 28 de setembro de 1787, é criada a Constituição Estadunidense – cuja vigência se deu em 21 de junho de 1788; e, em 03 de setembro de 1791, é criada a Constituição Francesa). Além disso, o movimento se consolida como um reflexo do avanço de ideais democráticos, já que, no constitucionalismo (em regra), as normas oriundas do texto constitucional são supremas e rígidas, onde quase invariavelmente consagra-se o modelo de Constituição formal.

A supremacia constitucional é o elemento principal, o aspecto-chave, que desenvolve a base teórica do neoconstitucionalismo, bem como uma maximização da Constituição como Lei Fundamental e hierarquicamente superior. A partir disso, o *judicial review* e o *constitutional review* recebem mais importância, seja pelo controle difuso ou pelo concentrado de constitucionalidade, modelo político-preventivo e modelos mistos. Esse movimento (o neoconstitucionalismo) parece buscar transcender a tutela contra o abuso do (e no) exercício do poder estatal, passando a servir também para garantir proteção dos direitos fundamentais diante de omissões estatais, contra retrocessos e ser impulsionador de um sentido progressivo do Direito¹²⁸.

2.1. Teoria da Separação dos Poderes (Histórico pré-moderno e à luz das revoluções modernas: Americana e Francesa)

¹²⁸ Busca assim incluir nas reflexões presentes, em alguma medida, as contribuições de Gustavo Zagrebelsky (2003) quando este apresenta relevantes reflexões sobre o ethos da Constituição na sociedade contemporânea e que podem oferecer respostas jurídico-políticas para o pluralismo social. Acrescenta-se ainda a importância de destacar que a teoria da separação de poderes ganha força com o apoio revolucionário francês (e burguês) para consolidar na Modernidade “a afirmação do indivíduo enquanto tal (e salvaguarda de seus interesses)” e também “a liberdade moderna, a representar a autonomia individual perante o Estado e a sociedade” (MEDEIROS, 2008, p. 198). Como se observa a figura central nessa proposta é a *liberdade*.

A Teoria da Separação dos Poderes (também chamada de Teoria da Tripartição dos Poderes) é considerada como um dos (importantes) pilares da Democracia¹²⁹. Exatamente por isso, cabe observar a Tripartição dos Poderes como uma teoria a ser revisada quando observadas a realidade contemporânea e as particularidades brasileiras, especialmente com a pauta de se sistematizar uma teoria autônoma e eficaz para enfrentar as demandas jurídico-políticas no ambiente democrático.

O Estado, fundamentado nessa teoria, colhe parcelas de liberdade dos indivíduos no ambiente social, responsabilizando-se, em contrapartida, a estruturar a sociedade, “sobretudo, pelo bem-estar dessa coletividade”. Assim, “sobrepunhando os interesses isoladamente considerados, prestigiará a vontade de todos” (BRASIL; GOMES, 2016, p. 101). O Estado, por assim dizer, é uma entidade/realidade criada para que indivíduos possam agir livremente e em segurança, mas demanda, em contrapartida, a limitação do exercício da liberdade¹³⁰.

O principal fundamento da *Teoria da separação* era a necessidade de combater o absolutismo que vigorava na Europa e suas colônias, gerando insatisfações sociais. Em muitos desses Estados, a existência de um Parlamento era apenas simbólica ou ficta. Na Inglaterra as arbitrariedades do Monarca, decidindo à revelia do Parlamento, geraram insatisfações políticas e sociais resultando na pressão dos líderes parlamentares pela assinatura da *Petição de Direitos de 1628*¹³¹. Dada a natureza representativa de

¹²⁹ Considerando a perspectiva teórica do Direito dedicada nessa análise, a atuação do Estado se faz por intermédio da apreciação da Teoria da Tripartição dos Poderes. Esta se dá, historicamente, por meio das “instituições políticas, econômicas, sociais e religiosas da Inglaterra e França nos séculos XVII e XVIII” que deram origem e tornaram imperiosa a formulação da doutrina sobre o tema (BOTALLO, 2007, p. 25). Essas sociedades influenciaram e foram influenciadas pelo movimento de independência das Colônias Inglesas que originaram os EUA.

¹³⁰ A liberdade total só seria possível numa realidade pré-social (ou pré-contratual, ou ainda no estado de natureza, segundo a filosofia política contratualista), pois no estado de natureza a liberdade do indivíduo seria limitada apenas por suas próprias forças. Paradoxalmente, como todos seriam livres no limite de suas forças, aqueles dotados de maior força limitariam a liberdade dos que possuíssem menos força. Também, por fatos como doença e envelhecimento, ninguém pode ser extremamente forte o tempo todo, e, ao enfraquecer teria sua liberdade limitada por outrem mais forte. Logo, nem mesmo numa realidade sem Estado alguém poderia ser plenamente livre o tempo todo.

¹³¹ Em resumo o *Petition of Rights* (1628) requeria o reconhecimento de direitos pessoais e patrimoniais dos súditos perante o Monarca (com especial destaque ao direito de liberdade). Pode-se destacar o pedido, entre outros, pelo reconhecimento da ilegalidade da suspensão das leis ou seu cumprimento pela autoridade real (Art. 1 e 2, da Petição), também o reconhecimento da ilegalidade de cobrança de impostos sem o concurso do Parlamento (Art. 4), o direito de petição ao rei (Art. 5) ou, ainda, eleições livres para o Parlamento (Art. 8).

interesses outros que não o da coroa, o Parlamento foi se consolidando na modernidade como órgão ou entidade que poderia fazer frente ao poder centralizado do monarca¹³².

Sem qualquer sugestão de que a História seja “algo inanimado e objetivável”, ou que seja construída numa sequência de fatos em uma correlação lógica e esquematizada¹³³, as revoluções Americana e Francesa constituíram-se como importantes pontos de partida para a teorização e reconhecimento dos direitos fundamentais (de primeira dimensão e, conseqüentemente, das dimensões posteriormente reconhecidas¹³⁴) e que estão diretamente ligados à teoria de separação de poderes como é hoje configurada além, é claro de sua influência sobre o constitucionalismo. Tais processos revolucionários proclamaram (exigências de) “dignidade e de igualdade”, mas implicaram a radical mudança dos fundamentos da legitimidade política de forma que a Democracia (moderna) proposta na América do Norte (especificamente nos EUA) e na França formularam a justificação da burguesia para combater os privilégios do *ancien régime* e a forma de se interpretarem as dinâmicas políticas¹³⁵. Essa onda de reconhecimento de direitos vai legitimar a limitação do Poder do Estado e a separação de poderes como medida impeditiva da concentração de poder.

Em seu “nascido” (na modernidade), é possível observar que o ímpeto revolucionário burguês americano e francês não poderia ser considerado *democrático* sob a ótica contemporânea¹³⁶. Esses eventos revolucionários não buscavam (como sua preocupação central) combater o sistema de privilégios sob uma perspectiva emancipatória de classes sociais ou de minorias e grupos vulneráveis, mas tutelar

¹³² O que não significa dizer que esses interesses representem os interesses do povo ou de toda a população. Historicamente os parlamentos foram constituídos, em regra, por castas políticas e/ou economicamente privilegiadas.

¹³³ O risco desse tipo de leitura histórica (algo natural e objetivamente concatenado) é ignorar as “inúmeras variáveis que influenciam cada recorte temporal” (BRITO *et al.*, 2016, p. 39).

¹³⁴ Como destaca Ingo Sarlet, o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais indica o caráter de “processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância” (2012, p. 45). Para além disso, é possível compreender que todo o sistema (inter)nacional de proteção dos direitos humano-fundamentais arroga esse mesmo caráter, no sentido de que os direitos fundamentais devem reiterada e continuamente se complementar, numa perspectiva de progressividade, de cumulatividade. Qualquer tentativa de alternância (substituição) de grupos de direitos poderia implicar desarrazoado retrocesso.

¹³⁵ Nesse sentido se manifestam outros autores (vide COMPARATO, 2010, p. 63; e BRITO *et al.*, 2016, p. 39).

¹³⁶ Não se deseja projetar uma crítica anacrônica julgando o passado com os olhos do presente, mas essa observação é pertinente, pois há uma espécie de referência (também uma deferência e uma revência) mítica atemporal da projeção que se tem dessa época para falar da Democracia “nas mãos do povo”. Havia uma natureza inerentemente exclusivista dos revolucionários em busca de seus próprios interesses e não uma justificação prática coletiva desses direitos. Dito de outra forma havia interesse de mudança e de revogação de privilégios da nobreza, mas não havia um interesse real em mudar fundamentalmente as estruturas de opressão.

interesses burgueses para sua inclusão e participação em privilégios que anteriormente lhes eram negados. O primeiro grupo de direitos reconhecidos, por essa razão, ignorava uma dimensão social, visto que buscava legitimar a luta burguesa em prol de interesses particulares de um determinado grupo¹³⁷.

O principal obstáculo nas lutas burguesas para uma maior segurança de seus interesses e direitos¹³⁸ era a existência de um Estado absolutista justificado e legitimado social e juridicamente. A concentração dos poderes de criar e executar as leis motivou os movimentos revolucionários na Europa de forma especial, pois o Parlamento se via enfraquecido (ou tomado como um títere do rei/rainha) e os magistrados se limitavam a julgar e aplicar a lei, sendo considerados apenas “meros funcionários a serviço do soberano”¹³⁹ (BRITO *et al.*, 2016, p. 40).

É estabelecido na História dos Direitos humano-fundamentais que os direitos sociais, como segunda dimensão de direitos, ascenderam sob a perspectiva do Estado Social, que busca(va) a promoção de um “bem estar social”. Essa formatação estatal, de um Estado provedor (e não mais absenteísta como apregoava a lógica liberal) visava a que as condições essenciais de vida das pessoas fossem supridas para que uma igualdade real, substancial e fática (e não apenas formal) fosse alcançada.

A dimensão positiva desses direitos tem a igualdade como principal realce, representando o direito de exigir prestações do Estado que garantam proteção e segurança social e funcionem “como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e [como] modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de

¹³⁷ Cabe esclarecer que não se está, de forma alguma, deslegitimando ou desmerecendo as lutas revolucionárias e sua indiscutível contribuição para o reconhecimento da primeira dimensão de direitos humanos (que, posteriormente passaram por uma racionalização universalista que também beneficiou os grupos que haviam sido ignorados em um primeiro momento – inclusive e especialmente as minorias analisadas na presente tese). Aqui é interessante assinalar que, da mesma forma, a luta para grupos minoritários para o reconhecimento do caráter de fundamentalidade de direitos que lhe são caros (como do reconhecimento do casamento igualitário como uma dimensão da liberdade e da igualdade e do direito à constituição familiar) também não podem ser desacreditados ou considerados como desprovidos de fundamentalidade apenas por estar focada em demandas de um grupo específico (casais do mesmo sexo ou arranjos familiares não heteronormativos monogâmicos).

¹³⁸ É justo mencionar que não apenas a burguesia, mas parte da nobreza também se mostrava insatisfeita com a figura de um rei absolutista. Ainda que a nobreza gozasse de benefícios, estava sujeita também aos desmandos do(a) monarca, ao contrário do clero que, em grande medida, gozava de uma maior proteção perante a soberania monárquica por ser a Igreja uma espécie de autoridade supranacional (política e juridicamente). Entretanto, mesmo apoiando a necessidade de limitação do poder do rei (visto que a nobreza se fazia presente na figura do Parlamento – no caso inglês), não havia aderência da nobreza nos ideais revolucionários.

¹³⁹ A presente tese (Parte III, especialmente) tece críticas com relação a essa mesma dinâmica atualmente suscitada contra o “ativismo judicial” que deseja reduzir as Cortes Constitucionais a meros aplicadores da lei (como se fossem “meros funcionários a serviço do Parlamento”), o fazendo a Tese não em defesa de uma pretensa supremacia judicial, mas por força da supremacia constitucional como uma escolha jurídico-política.

condições para uma vida digna”¹⁴⁰, além, ainda, de garantir o reconhecimento das liberdades sociais¹⁴¹. Esses direitos incluem, por conseguinte, aqueles que “asseguram e protegem um espaço de liberdade” como também os que objetivavam “proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade em virtude de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, n.p.).

A terceira dimensão de direitos, ao se desprender da figura “homem-indivíduo”, passa a destinar-se aos grupos humanos, com titularidade coletiva ou difusa desses direitos. Esse conjunto de direitos (também chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade) reforça o valor de tratados internacionais (ainda que não seja uma característica exclusiva, já que os Tratados são pródigos na previsão de direitos de primeira e segunda dimensões).

Considerando-se as dimensões de direitos humanos e direitos fundamentais, é fácil compreender a razão pela qual a teoria da separação dos poderes ainda legitima o Estado Democrático de Direito. A concentração de poder nas mãos de uma única pessoa (ou mesmo entidade ou grupo) certamente colocaria em risco os avanços e conquistas em matéria de direitos fundamentais que se propõem cada vez mais expansivos¹⁴². Assim, feitas as justificativas, cumpre analisar a teoria da separação dos poderes de forma mais direcionada.

Vale ressaltar que o “nascido” da teoria (ou doutrina) da Separação dos Poderes (dentro de sua *concepção moderna*) remete historicamente à Inglaterra do século XVII¹⁴³, mas que posteriormente experimentou “várias versões ao longo da sua

¹⁴⁰ Tal dimensão dos direitos sociais dialoga com as demandas atuais das minorias para o reconhecimento de seus direitos (para o gozo de uma vida digna) como grupo social e manifestamente marginalizado (portanto, em situação de desigualdade fática).

¹⁴¹ Ainda que não seja tão claro a um primeiro momento os direitos sociais têm grande relevância para as minorias. Os coletivos e demandas da população LGBTQ+ também representam uma identidade coletiva como tutelado na segunda dimensão de direitos, como é possível identificar no artigo “Movimentos Homossexuais: a constituição da identidade coletiva entre a Economia e a Cultura. O caso de dois grupos brasileiros” de Frederico Viana Machado e Marco Aurélio Máximo Prado (2005).

¹⁴² Uma abordagem mais teórica e substancial dos direitos fundamentais se encontra na Parte II da presente tese. As pontuações feitas no momento se prestam apenas a analisar a fundamentação da separação dos poderes.

¹⁴³ Historicamente a *separação de poderes* possui teórico muito anterior ao filósofo, podendo ser sentida em precursores da Antiguidade e da Idade Média (sendo que sua leitura moderna surgiu na Inglaterra do século XVII). É justo destacar que a obra “A Política” de Aristóteles foi quem primeiro classificou as funções do Estado como sendo judiciais, executivas e deliberativas (correspondendo ao legislativo), e, em certa medida, a partir dessas ideias o moderno Estado constitucional se fez possível. Assim, mesmo que não tenha sido inédito, Montesquieu “colaborou decisivamente para difundir e transformar a doutrina da separação de Poderes em princípio do Estado constitucional” (MEDEIROS, 2008, p. 198). Brasil e Gomes destacam que Darcy Azambuja tece críticas à teoria aristotélica, considerando que a despeito de ter discriminado os órgãos acabou por confundir as funções, visto que a assembleia possuía o conjunto de

existência”, o que significa dizer que não se poderia “tomar como absoluta ou definitiva qualquer das versões apresentadas pelos vários pensadores” (MEDEIROS, 2008, p. 196). John Locke, em seu *Two Treatises of Government*, “defendia o governo pelo consentimento, com finalidade e poder limitados, além de repartir as funções estatais em executiva, legislativa e federativa”, correspondendo esta última ao “direito de fazer a paz e a guerra, o de celebrar tratados e alianças e o de conduzir todas as espécies de negócios com pessoas e comunidades estrangeiras”¹⁴⁴ (MEDEIROS, 2008, p. 196).

Medeiros observa que, em sua visão clássica na modernidade, “a doutrina da separação dos Poderes pressupõe a autonomia material da função legislativa em relação à função executiva e estabelece a supremacia da legislação (*rule of law*)”, sendo somente a lei a força capaz de estabelecer (genérica e abstratamente) “os critérios para o equacionamento dos casos concretos”.

Ao Executivo cabe solucionar os casos com base nos critérios de aplicação estabelecidos pela lei, apenas com a ressalva, ainda feita por John Locke, que, no caso de omissões da lei, pelo bem da sociedade, para “temperar” a rigidez das leis ou adaptá-las às circunstâncias o *exercente* do Poder Executivo poderia supri-las, sendo essa

todas as atribuições, sendo os demais órgãos meras delegações sem atribuições bem definidas (BRASIL; GOMES, 2016, p. 103). À guisa de exemplo, o filósofo Platão tratou do assunto (apesar de não apresentar contornos específicos capazes de completar e sistematizar o tema) em sua obra *República*, concebendo a divisão das funções estatais para desconcentrar o poder, o que permite inferir que “o princípio é o equilíbrio, devendo proporcionar uma organização política formada por partes, surgindo a diretriz que o todo precede as partes” (BRASIL; GOMES, 2016, p. 103). Quanto ao seu sucessor, Aristóteles, este já previa a necessidade de separar os poderes constituindo sua crítica na concentração dos poderes como um risco de abuso desse exercício, distinguindo como titulares dos poderes “a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário” (BRASIL; GOMES, 2016, p. 103). Por sua vez, Tavares reconhece as contribuições de Aristóteles na doutrina de separação dos poderes, considerando que o filósofo anteviu a tripartição do poder como forma assecuratória do bom governo e que as partes tornam o governo “forçosamente bom” se forem bem constituídas. O filósofo designava que o governo seria bom por funcionalidade, com isso apresentando que um poder ficaria encarregado de deliberar sobre os negócios públicos, outro poder proveria as necessidades coletivas e o terceiro se reservaria a administrar a justiça diante dos conflitos – a boa atuação em cada uma das suas funcionalidades (ou partes) faria o governo *bom* (TAVARES, 1980, p. 55). Além disso, José de Farias Tavares aponta que na cultura ocidental é possível identificar uma tentativa de construção teórica mais sofisticada buscando uma instrumentalização nacional de poderes discriminados com alguma dimensão de equilíbrio anterior à Montesquieu. O autor indica que isso se deu com Cromwell na obra *Instrument of Government* (em 1653) e, anos depois, com James Harrington com *The Commonwealth of Ocean*, em 1656. Locke, para o autor, complexifica a teoria formulando um sistema de “freios e contrapesos” nas obras *Two Treatises concerning Government* e *Treatise of Civil Government*. Tavares analisa que Bolingbroke, por sua vez, ofereceu contribuições decisivas para a teoria com *Dissertation Upon Parties* (1734) e *Idea of a Patriot King* (1738) demonstrando que existem mais nuances de formulação da teoria do que uma “simplificação” autoral poderia indicar (TAVARES, 1980, p. 55).

¹⁴⁴ A função “federativa” para o filósofo seria, por assim dizer, o exercício da soberania e da “personalidade jurídica internacional” do Estado.

“liberdade de ação” do Executivo denominada “prerrogativa”¹⁴⁵ (MEDEIROS, 2008, p. 196). Assim, é preciso considerar a existência de um quarto poder “a prerrogativa”, cuja titularidade era do monarca, como uma dimensão de poder estatal que possuía a atribuição de agir diante dos demais poderes estatais (Executivo, Legislativo, Judiciário) sempre que esses atuassem de forma lacunosa ou ainda fossem omissos em suas próprias atribuições, sempre com vistas ao bem comum¹⁴⁶.

Locke, inspirado na Constituição Inglesa, foi o primeiro pensador a elaborar uma *teoria complexa* de “divisão” dos poderes que atendesse uma preocupação moderna, estabelecendo que é necessário que as funções oriundas dessa divisão sejam exercidas por órgãos diferentes¹⁴⁷. Para o filósofo, ao Poder Legislativo caberia o “direito de determinar a forma como se deve empregar o poder público, para proteger a comunidade e seus membros” (BRASIL; GOMES, 2016, p. 103)¹⁴⁸.

Dentro dos contornos contemporâneos, a Teoria pode apresentar-se historicamente com a obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu, a qual introduziu (com cientificidade) a tripartição dos poderes (contribuindo com a teoria inglesa e com o que já havia sido proposto por John Locke), acrescentando a independência do Poder Judiciário (MARTINS, 1985, p. 27). Coube à Montesquieu elaborar de forma mais completa a teoria e sua difusão pela Europa, com a formatação sistematizada de “três sortes de poderes” (BRASIL; GOMES, 2016, 103), de modo que o filósofo acrescentou na teoria uma nova perspectiva investigativa, a empregando como “técnica de salvaguarda da liberdade”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Em alguma medida essa ideia resta remanescente no sistema jurídico contemporâneo como o limitado, mas existente, poder discricionário da Administração Pública e, dadas as proporções, na atuação do Estado-juiz na interpretação das leis e sua aplicação no caso concreto quando há lacunas legislativas.

¹⁴⁶ Inexistindo atualmente a figura do monarca para exercício desse poder moderador, se pode(ria) argumentar que é um poder compartilhado entre os três poderes estatais existentes legitimando que, sob a prerrogativa constitucional os poderes lacunosos ou omissos sofram interferência dos demais ou de um deles. Compreender a supremacia constitucional (análise que se encontra melhor orientada no Capítulo X) como teoria jurídica, filosófica e política associada com uma leitura substantiva da Democracia parece ser o melhor caminho para atender as demandas contemporâneas, ao tempo em que possibilita uma perspectiva estável para a coexistência da prerrogativa da teoria da separação dos poderes e da Democracia sem esvaziar-se de uma preocupação ética e com um ideal de Justiça (ainda que seja objeto de disputas de significado) o que poderia comprometer a existência e a sobrevivência de minorias e grupos vulneráveis.

¹⁴⁷ Pois, como mencionado na presente Tese em diferentes momentos, já havia filósofos anteriores desenvolvendo reflexões similares desde a época dos gregos.

¹⁴⁸ Além desses autores, foram importantes teóricos sobre a temática da separação dos poderes, conforme Paulo Bonavides (2000): Marsílio de Pádua [que] no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e, por fim, a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf (BRASIL; GOMES, 2016, p. 103).

¹⁴⁹ Mesmo que não tenha sido ele (Montesquieu) o autor original da tese da separação e da previsão das funções distintas a serem exercidas pelo Estado, é preciso reconhecer que o filósofo é uma referência

Analisando essa linha teórica, é possível identificar que o Poder Legislativo faria “leis para sempre ou para determinada época”, também aperfeiçoando ou ab-rogando as leis que já se achassem feitas. Ao Poder Executivo, a cargo do príncipe ou do magistrado (termos do filósofo francês), caberia ocupar-se de questões diplomáticas, segurança, guerra e paz. O terceiro poder, o Judiciário, ficando a cargo do príncipe ou magistrado, teria a incumbência de punir crimes ou julgar dissídios da ordem civil (BRASIL; GOMES, 2016, p. 104).

Sobre Montesquieu, é dito que suas reflexões foram influenciadas pela comparação entre a experiência francesa e inglesa¹⁵⁰. A França apresentava o cenário de alienação da população (que vivia em semisservidão e não gozava de liberdade de expressão ou de imprensa) e um excessivo poder nas mãos do Monarca (que concentrava as funções legislativa, executiva e judiciária), enquanto, na Inglaterra, as funções estavam distribuídas entre um “Parlamento Legiferante, o Rei Governante e a Corte julgadora das Contestações com base na regra de direito”, o que, segundo suas observações, configura um melhor ideal de dinâmica estatal (MEDEIROS, 2008, p. 197).

A principal preocupação de Montesquieu era “assegurar que a edição das leis e a sua execução ficassem orgânica e pessoalmente separadas a fim de evitar o abuso do poder” (MEDEIROS, 2008, p. 197). Medeiros faz uma importante observação no sentido de que há um equívoco em acreditar “que Montesquieu defendia uma total separação dos órgãos de Poder”, por mais paradoxal que isso pareça. O que era essencial na teoria do autor “era a criação de mecanismos de equilíbrio e recíproco controle entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (MEDEIROS, 2008, p. 197). A relevância da separação dos poderes é tamanha no Ocidente que alcançou o status de princípio constitucional. Com sua extraordinária repercussão na filosofia política, tornou-se um dogma constitucional se fazendo presente nas Constituições escritas promulgadas nos fins do século XVIII (BRASIL; GOMES, 2016, p. 104). Vale

obrigatória (bem como sua obra) para compreensão do tema, visto que suas reflexões foram inovadoras por sua sistematização e abordagem. Assim, é indiscutível a contribuição de Montesquieu para a teoria.

¹⁵⁰ Além disso, Montesquieu estudara, por meio dos escritos de Locke e Blakstone, a Constituição inglesa para encontrar a causa da diferença discrepante entre os países. Tavares, nesse mesmo sentido, afirma que a inspiração teórica de Montesquieu tem uma motivação pragmática por ter observado *in loco* a vida política inglesa, o que o levou a registrar que no sistema político inglês “o regime de liberdades públicas convivia tranquila e eficazmente com as garantias de direitos individuais na pluralidade das funções estatais” (TAVARES, 1980, p. 56).

dizer que se esteve também nas Constituições nos séculos seguintes e nas disposições do Direito Internacional¹⁵¹.

O Estado Liberal assume esse princípio, mais do que apenas um elemento organizatório, encarando-o (pelo menos como discurso argumentativo) como um instrumento (e fundamento) de defesa intransigente dos direitos fundamentais de liberdade e de garantia de liberdade dos indivíduos contra os abusos de poder¹⁵². Cabe o destaque que esse modelo teórico clássico do Estado Liberal (marcado pelo “o conceito moderno-iluminista da lei, a separação do Estado-sociedade e os direitos fundamentais de liberdade”) buscou romper com o sistema jurídico-político antecedente (baseado no absolutismo e no feudalismo), mas sem “compromisso com a história nem com a realidade empírica”, pela razão que se baseou e idealizou “no plano do dever-ser, no plano normativo”. Não havia, por parte do Estado Liberal, interesse em interpretar a realidade, mas propor um “modelo normativo de realidade”¹⁵³ (MEDEIROS, 2008, p.199).

O Parlamento desponta nesse modelo como força estratégica dos interesses da burguesia. A concepção moderno-iluminista da Lei, fortemente influenciada pelo pensamento de Kant e Rousseau, representa “uma norma geral e abstrata, fruto da vontade geral do povo soberano, a quem deve a sua existência”. Nessa perspectiva, a lei “se não mutável, é pelo menos estável” (o que demandaria “iniciativas pouco frequentes do legislador”), e que, em razão de sua “natureza racional, geral e abstrata”, deve assumir “um conceito jurídico, não se transformando em instrumento de governo, em mecanismo de atuação governamental”. O Estado empresta à Lei “uma função política essencialmente negativa” de instituir “estatuto dos cidadãos juridicamente iguais, estabelecendo os respectivos direitos, deveres e responsabilidades” (MEDEIROS, 2008, p. 199).

¹⁵¹ Como ilustração, pode-se indicar a Constituição Federal americana (1787) que, a despeito de não citar a teoria, seria “ininteligível” caso se omitisse a discussão da tripartição dos poderes (BRASIL; GOMES, 2016, p. 104). Um aspecto interessante nesse sentido é que a divisão de poderes em muitos pontos aproxima as dinâmicas norte-americana e brasileira. No âmbito internacional essa visão pode ser inferida nos documentos internacionais como a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1791)* que, em seu Art. 16, afirma que uma sociedade que não assegure a garantia dos direitos e nem estabeleça a separação de poderes, não tem Constituição.

¹⁵² Esse conceito vai paulatinamente amadurecendo e expandindo, de modo que a liberdade contra os abusos do Poder também passou a englobar a proteção da liberdade de grupos e coletividades contra esses abusos. A proteção dos grupos minoritários diante de restrições dos poderes instituídos vai se consolidando como um direito de liberdade conquistado coletivamente.

¹⁵³ Dito de outra forma, esse modelo não buscava na separação dos poderes a mudança das dinâmicas de poder, mas “controlar” o poder por meio da lei, mas sem mudanças profundas no *status quo*.

A partir desse conceito de lei, foram conferidas duas características relevantes para que se possa compreender o Princípio da Separação de Poderes: (i) em que se “evidencia que a única forma de manifestação do poder soberano é pela produção legislativa” (o poder soberano *adviria* do poder Legislativo, portanto¹⁵⁴), e (ii) que todas as funções do Estado são meramente jurídicas e sua classificação há de ser feita a partir da legislação (MEDEIROS, 2008, p. 199-200)¹⁵⁵.

Não há hierarquia entre os Poderes constituídos do Estado, mas essa não é afirmação incontestável. As teorias de Edward Coke sustentavam a *supremacia do Poder Judiciário* fundamentando-se em um direito natural que não poderia ser suplantado por nenhum monarca ou parlamento, aspecto sob o qual, se uma lei contradissesse o *common law*, o direito comum (natural) e/ou a razão, deveria ser crivada de nulidade total de forma que o juiz não a considerasse em sua aplicação.

Outros autores, como William Blackstone, Locke, Rousseau, Kant e Del Vecchio, buscavam estabelecer a doutrina da *supremacia do Legislativo*, pois a ele cabia determinar as máximas gerais sobre as quais o Estado deve agir. Entretanto, considerando o próprio texto constitucional brasileiro, a paridade entre os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) se mostra a visão mais adequada às questões contemporâneas (BOTTALLO, 2007, p. 44). Esse equilíbrio de forças é ainda mais democrático especialmente considerando que é a colaboração harmônica de Poderes (de modo que seja possível identificar as dinâmicas sociais na construção de significado da Constituição) que permitem o estabelecimento de um Estado de Direito, quanto mais de um Estado Democrático de Direito.

¹⁵⁴ Ou a vontade do povo soberano seria manifestada pelo Parlamento, como um tradutor dessas vontades. As teorias de soberania parlamentar sob a perspectiva do constitucionalismo político (que se encontra oportunamente discutido na Parte III da presente tese) nascem de uma tradição britânica de teorização jurídica de separação dos poderes, especialmente por historicamente não existir uma constituição escrita naquele país, diferentemente do sistema jurídico brasileiro. No Brasil a adoção dessa corrente teórica exige uma reflexão mais aprofundada, uma vez que aqui a soberania popular é manifesta (enquanto o poder constituinte originário mantém-se inerte, ou em estado de dormência) na *soberania da constituição* que foi estabelecida pela soberania popular originária. Logo, não há que se falar de supremacia democrática do Parlamento (ainda que não se negue em absoluto sua titularidade na produção legislativa e de centro político para catalisar os sentidos do interesse público), mas da soberania democrática da CRFB/88. A CRFB/88 atua sobre as vontades majoritárias circunstanciais, incluindo aquelas que por razões ilegítimas e reacionárias buscam reverter direitos humano-fundamentais consagrados pela racionalidade jurídica (nacional e internacional) e pelo poder constituinte e, portanto, democrático.

¹⁵⁵ Isso vai refletir, em alguma medida, em um processo de esvaziamento da própria política na Democracia que acaba se estabelecendo a partir de uma “gramática” de leis e decisões judiciais. A proposta de conciliar uma democracia crítica e ativa com a mediação dos poderes busca reintroduzir e equilibrar direito e política (na perspectiva que se desenvolve na presente Tese, priorizando a função política do Direito).

2.2. Teoria dos Três Poderes à luz do (Neo)Constitucionalismo e Poderes Constituídos no Brasil

Os movimentos revolucionários, estadunidense e francês, além de consolidar a necessidade de “separação” dos Poderes estatais, originaram o que se convencionou chamar de *constitucionalismo*. Este reforça a limitação do poder do Estado e a supremacia das leis e a Constituição com supremacia sobre as demais. É correto afirmar que é por meio das Constituições que a separação de Poderes do Estado de Direito se formaliza e se legitima pelo poder constituinte. Como apontado por Costa, há, no constitucionalismo, a existência de identificação entre Estado de Direito e o princípio da separação de Poderes, afirmando-se que um dos fundamentos do constitucionalismo moderno é, exatamente, esse princípio (COSTA, 2014, p. 15)¹⁵⁶.

O Estado de Direito (surgido no século XVIII) passa por uma leitura liberal ao longo dos séculos que seguem seu surgimento, sendo que a teoria da Constituição identifica três fases para o constitucionalismo: (i) o liberal, (ii) o social e (iii) o democrático, cada um trazendo novos institutos e categorias relacionadas a conquistas históricas e suas respectivas releituras, oferecendo novas experiências a serem consideradas¹⁵⁷ (COSTA, 2014, p. 17).

O constitucionalismo é resultado de uma dimensão jurídica (a construção de um sistema normativo hierarquicamente legitimado a partir de uma Constituição que se encontra em posição superior até mesmo aos detentores do poder político) e de uma sociológica e política, por representar uma escolha de limitação¹⁵⁸ do espaço de atuação

¹⁵⁶ O constitucionalismo significa, portanto, uma onda (ou movimento) político-jurídico-social que cunhou a concepção da Constituição como ferramenta nuclear do Estado de Direito, colocando o seu conteúdo como norteador da construção do Estado, suas esferas de poder e sobre a organização social. Além disso, o constitucionalismo recebeu influências, enquanto fenômeno jurídico, e formulou-se historicamente com uma proposta europeia e outra estadunidense, sendo ambas responsáveis pela compreensão da Constituição na contemporaneidade. Não que o constitucionalismo se limite em duas heranças apenas, mas ambas influenciaram as leituras brasileiras sobre o fenômeno. É preciso destacar que a proposta europeia de constitucionalismo é, em si mesma, plural e com peculiaridades nacionais.

¹⁵⁷ Costa destaca que por essa razão seria impróprio afirmar a existência de uma única proposta de Constituição moderna, ou a existência de uma única teoria (ou percepção) do princípio da separação dos poderes ou mesmo uma visão unilateral sobre os direitos fundamentais (2014).

¹⁵⁸ O constitucionalismo seria, numa leitura simbólica, a sociedade representada na Constituição como um documento político e jurídico, por assim dizer. Como destacado por Brega Filho, o fenômeno do constitucionalismo fortalece a ideia de inclusão de um rol mínimo de direitos fundamentais nas Constituições escritas para seu fortalecimento. É possível identificar essa questão, por exemplo, no caso das: (i) Constituição francesa, de 1793; (ii) Constituição espanhola, de 1812; (iii) Constituição Portuguesa, de 1822; (iv) Constituição Belga de 1831. Em um momento de ampliação e confirmação de um patamar jurídico-político mínimo, a constitucionalização dos direitos fundamentais inicialmente se voltou para os direitos individuais. Posteriormente (em razão das limitações desses direitos para sua efetivação isolada), os direitos sociais passaram a ser reconhecidos e constitucionalizados, como o foi na

dos governantes que não podem sobrepor seus interesses pessoais na gestão da coisa pública e no exercício de seu poder.

José Joaquim Gomes Canotilho indica que, por *constitucionalismo*, entende-se a teoria (ou ideologia) que estabelece o princípio do governo limitado como condição indispensável para que se garantam direitos na dimensão estruturante da organização político estatal de uma determinada comunidade¹⁵⁹.

O constitucionalismo moderno representa(rá) uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*, de modo que o fenômeno está carregado de juízo de valor. É, fundamentalmente, uma *teoria normativa da política* (como a teoria da Democracia ou a teoria do liberalismo). Designa, pois, o movimento sociocultural e político a partir de meados do século XVIII, com a função de questionar (também política, filosófica e juridicamente) os esquemas tradicionais de domínio político, de modo que se formule uma nova ordenação e fundamentação do poder. Esse “novo” olhar sobre o constitucionalismo (o moderno) se apresenta em oposição ao constitucionalismo antigo, como conjunto de princípios escritos e consuetudinários (que se sedimentaram desde a Idade Média até o século XVIII) fundadores dos direitos estamentais diante do soberano e limitando seus poderes (CANOTILHO, 2006, p. 51)¹⁶⁰.

Assim como não existe um único constitucionalismo, não se pode pensar na existência de um sentido uno para o neoconstitucionalismo, visto receber várias significações. Como colocado por José Ignacio Nuñez Leiva, existem muitas categorias de neoconstitucionalismo, sendo possível identificar, ao menos, cinco teses concatenadas e compartilhadas pela maioria dos teóricos do movimento (mas não todos), ainda que seja impossível esgotar a vasta produção e reflexões das teorias, metodologias e ideologias neoconstitucionalistas.

A maioria das versões do neoconstitucionalismo, então, poderia ser agrupada a partir de cinco ideias: (i) a separação do Direito em relação à lei (o Direito é mais do que o texto legal); (ii) a entrada (ou maior presença) de princípios nas Constituições;

(v) Constituição mexicana, de 1917; (vi) Constituição russa, de 1918; e Constituição alemã (Weimar), em 1919 (BREGA FILHO, 2002, p. 12-13).

¹⁵⁹ A observação é importante no sentido de demonstrar que as análises precisam ser delimitadas e determinadas para que a teorização e proposição delas se façam de forma mais fundamentada (social, histórica e juridicamente) no contexto de cada realidade.

¹⁶⁰ Atualmente o constitucionalismo implica na (re)leitura do Estado Democrático de Direito com os ideais humanistas (direitos humanos) com base na hermenêutica constitucional, mas também com reflexos internacionais (política e juridicamente).

(iii) a expansão das lacunas axiológicas; (iv) a concepção argumentativa do Direito; e (v) um modelo de juiz protagonista (NUÑEZ LEIVA, 2016, p. 189-200).

Para Paolo Comanducci, o neoconstitucionalismo pode ser classificado em três vertentes: (i) *neoconstitucionalismo teórico* que é principalmente marcado por um rol de direitos fundamentais por meio dos quais é possível extrair regras e princípios por meio da interpretação com foco na aplicação da lei; (ii) *neoconstitucionalismo ideológico*, no qual a garantia dos direitos fundamentais é assumida como principal objetivo, a partir dessa preocupação a obediência ao Direito só está justificada se com fins de concretização dos direitos fundamentais – o que colocaria o constitucionalismo como limitação de poder como uma preocupação secundária; e (iii) *neoconstitucionalismo metodológico*, centralizado na conexão entre Direito e moral como uma relação necessária (COMANDUCCI, 2016).

À luz da Constituição, como parte fundamental da organização estatal, a teoria de Montesquieu estabeleceria, para Botallo, uma divisão de Poderes constitucionalmente orientada por meio de órgãos distintos, rigorosamente separados entre si, para que se garantisse o recíproco equilíbrio e evitar por parte de um ou alguns deles eventual hipertrofia. A concepção (dessa separação absoluta) não é adotada como se configurasse três categorias compartimentalizadas de órgãos estanques.

A complexidade do Estado contemporâneo (com inúmeras correções e implicações) passa a ser entendida como uma unidade orgânica “viva”. Por consequência dessa dinâmica, a teoria da divisão dos Poderes recebe uma nova leitura não mais mecânica, mas envolvendo uma especificação dos órgãos e atribuições das funções, bem como pela coordenação desses órgãos de modo a expressar o poder político exercido pelo Estado. Vislumbra-se crescente permeabilidade e interpenetração entre os Poderes por imposição das contingências das dinâmicas sociais, de modo que as Constituições democráticas modernas em sua maioria, sem prejuízo e sem quebra do princípio da separação dos poderes, apresentam elementos que legitimam essa inter-relação entre os poderes constituídos (BOTTALLO, 2007, p. 43)¹⁶¹.

¹⁶¹ Nem a Constituição ou as leis promulgadas podem, por si mesmas, modificar a natureza das coisas ou das instituições, ideias essas que não são incompatíveis com a filosofia presente em *O Espírito das Leis* ou nas concepções de Maquiavel em *O Príncipe*, quando esta obra observa a importância de distinguir entre teoria (como se deveria viver ou que se deveria fazer) e prática (como se vive e o que se faz). Isso remete à compreensão de que mesmo o princípio da separação dos poderes precisa transcender sua configuração normativo-constitucional, devendo integrar-se na configuração do processo político efetivo (MORAES, 2001, p. 46). Por isso mesmo essas teorias devem ser lidas à luz da realidade e suas dinâmicas.

A separação das funções estatais, como princípio e como prática, tem sua análise dentro das disposições constitucionais e nas realidades dos contextos (organizações) sociais específicos. Como observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, não existe “uma fórmula universal e apriorística e completa” da teoria de separação e independência dos poderes, mas esta deve ser analisada especialmente no modelo brasileiro, concebido e desenvolvido na CRFB/88 (BRASIL, 1997).

A CRFB/88 apresenta (em seu Título IV Da Organização dos Poderes) normas constitucionais estruturantes dos Poderes constituídos, tanto estabelecendo suas atribuições, normas sobre o relacionamento entre os órgãos de Poder (com direitos e obrigações de cada um), mas também “estabeleceu várias situações que legitimam a atuação de um Poder sobre o outro” com “hipóteses em que a Constituição conferiu possibilidade de um determinado poder exercer um controle sobre a atividade confiada a outro” (MEDEIROS, 2008, p. 201)¹⁶².

Como exemplo de poderes outros atribuídos ao Legislativo, podem ser citados (i) o artigo 49, incisos IX e X, por atribuírem ao Congresso Nacional a competência (exclusiva) para julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República, bem como apreciar os relatórios sobre a execução dos planos do governo; (ii) o poder de fiscalizar e controlar (por qualquer de suas Casas ou diretamente) os atos do Poder Executivo incluindo os da Administração; (iii) a prerrogativa do Parlamento para convocar Ministros de Estado ou outros titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para que prestem (pessoalmente) informações sobre o motivo da convocação, implicando a ausência sem justificativa adequada em crime de responsabilidade (MEDEIROS, 2008, p. 201). Além disso, o artigo 49, da CRFB/88, em seu inciso V, estabelece que é competência exclusiva do Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Quanto aos poderes outros atribuídos ao Executivo, podem ser citados: (i) a possibilidade do Presidente da República vetar, total ou parcialmente, projeto de lei que considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público (nos termos do Artigo 66

¹⁶² Nesse mesmo sentido se manifesta Eduardo Domingos Bottallo ao afirmar que “Em diversos preceitos da Constituição Federal pode ser identificada a atribuição de competências ‘atípicas’. Sirvam de exemplo os seguintes: a) art. 51, I e II – competência do Senado Federal para ‘processar e julgar’ o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles; b) art. 62 – competência do Presidente da República para, em casos de relevância e urgência, adotar medidas provisórias; c) art. 96, I, ‘a’ – competência dos tribunais para elaborar seus regimentos internos (normas complementares à legislação processual)” (2007, p.43).

da Constituição vigente); (ii) o Presidente da República participa do processo de nomeação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais e Superior Tribunal Militar (nos termos dos artigos 101; do 104, parágrafo único; do 107; 111-A; 115; 119, inciso II; 120, §1º, inciso III e 123) (MEDEIROS, 2008, p. 201). É importante demonstrar como a teoria da separação dos poderes se encontra relativizada no contexto jurídico-político brasileiro valendo a menção ao artigo 61, § 1º da CRFB/88 onde se estabelece como iniciativa privativa do(a) presidente(a) da república algumas matérias¹⁶³.

Também são legítimas constitucionalmente as atribuições conferidas ao Poder Judiciário para controlar os pressupostos constitucionais das medidas provisórias, cuja legitimidade foi reafirmada pelo STF, na ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello (MEDEIROS, 2008, p. 201). Nesse sentido, o STF, como cúpula do Judiciário nacional, recebe a função de guardar a CRFB/88, ou seja, “dos princípios, valores, dos objetivos fundamentais da República”, o que lhe confere “o direito de conceder a última palavra¹⁶⁴ no que se refere à compatibilidade dos atos de todos, inclusive dos demais Poderes, Legislativo e Executivo, com a Constituição” (SANTANA, 2016, p. 30).

Na ideia de “independência” dos poderes, sublinhe-se a dinâmica do presidencialismo de coalizão, aspecto presente em outros países da América Latina (ainda que em diferentes contextos), apresentando uma interação das arenas legislativa e executiva, onde essa comunicação influencia os dois Poderes a ponto de impactar *outros*

¹⁶³ Nesses termos prescreve a CRFB/88: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva”.

¹⁶⁴ Uma problematização dessa “última palavra” é feita na Parte III da presente tese. Todavia, registra-se aqui a rejeição de uma possível adoção do ativismo judicial como *melhor caminho* ou da supremacia judicial como resposta.

aspectos do sistema político, como a construção de carreiras políticas no país (LIMA, 2017, p. 09)¹⁶⁵.

A separação de Poderes, no Brasil, mostra-se “imperfeita”, se pensada na perspectiva da teoria clássica, pois a realidade apresenta o que se poderia chamar de presidencialismo parlamentarizado, o que impacta no *engajamento parlamentar e as escolhas sobre carreiras no nosso sistema político*¹⁶⁶. Nesse aspecto, é identificável uma interação entre os Poderes Executivo e Legislativo, quanto à centralidade do Executivo na produção (atividade) legislativa e o Parlamento com grande poder de agenda para o Presidente e seus Ministros (além de considerável atuação de parlamentares em atividades consideradas tipicamente executivas). Assim, “a atuação dos atores políticos do sistema brasileiro não é rigidamente restrita às atribuições típicas do Poder ao qual está formalmente vinculado” (LIMA, 2017, p. 09).

Essa possibilidade de interferência ou mútua influência não parece ser uma questão nova¹⁶⁷. Tavares (1980) destaca que, com amparo em Roscoe Pounal (1965), uma análise dotada de “cientificidade da divisão dos poderes do século XVIII” já apresenta(va) inter-relacionamentos entre as funções separadas, o que demonstra que a “ação estatal especializada não pode ser isolada, mas em conexão” de modo a impedir que ocorra exorbitância de algum dos poderes¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Tavares destaca, nesse sentido, que a configuração da separação dos poderes nos EUA deixa claro uma interpenetração de poderes-funções, razão pela qual a teoria dos *freios e contrapesos* (*checks and balances*) foi desenvolvida para *garantir um equilíbrio*, “partindo da posição especial da Suprema Corte o poder de controle judicial desde certo momento de sua vida constitucional” (TAVARES, 1980, p. 67).

¹⁶⁶ Apesar das dinâmicas “inter” se fazer presente nos Três Poderes, a grande crítica que tem se desenvolvido nos últimos anos na teoria constitucional brasileira, entretanto, se fixa quase que unicamente no Judiciário e seu (suposto) ativismo prejudicial no equilíbrio dos poderes.

¹⁶⁷ É necessário destacar que essa “interpenetração” ou mútua influência de fiscalização já se fazia presente inclusive no modelo estadunidense que exerceu muita influência na configuração político-jurídica brasileira. Ao descrever o sistema dos EUA, Tavares destaca que a doutrina de Montesquieu teve campo fértil para se desenvolver melhor até do que na sociedade francesa onde se originou. Os fundadores da Federação estadunidense buscaram *assegurar o ideal de liberdade* de modo que demarcaram limites de atuação para cada órgão político e assim a toda poderosa máquina estatal *não esmagasse o indivíduo* (o que, por certo, não impediu que os presidentes Wilson e Roosevelt obtivessem poderes extraordinários durante o período das guerras mundiais – cuja centralização máxima de poderes no Executivo se aproximou de poderes ilimitados). Considerando a filosofia revolucionária norte-americana, a separação de poderes, na fundação dos EUA, estabeleceu ao (i) *Legislativo*: ser uma função exercida “pelo Congresso, com a colaboração do Executivo na iniciativa, sanção e veto de leis” ao mesmo tempo em que lhe coube atribuições de fiscalizar e conter o Executivo “através de concessão de autorização para despesas públicas, aprovação de tratados e convenções internacionais, guerra e paz”, entre outras atribuições. Ao (ii) *Executivo* coube, por meio do exercício máximo pelo presidente da República, “ser responsável perante o Congresso pela administração pública do organismo estatal e sua representação externa”. Por fim, ao (iii) *Judiciário* coube a interpretação da lei e do Direito “nos conflitos de interesse e exercer o controle de constitucionalidade de atos e normas jurídicas” (TAVARES, 1980, p. 67).

¹⁶⁸ Nesse sentido, é possível extrair que os três poderes estão interligados em uma perspectiva de complementariedade e recíproca ajuda para gerirem conjuntamente a sociedade de forma equilibrada no

Tavares (1980) continua sua análise no sentido de que existem dois marcos maiores que organizam e balizam a ação política, sendo (i) a garantia dos direitos fundamentais e (ii) a divisão de poderes-funções que assegure, como condição inerente, esses direitos fundamentais – nesse sentido a separação se justifica como forma de garantir os direitos fundamentais. Partindo das reflexões de Carl J. Friedrich (1965), Tavares aponta que a função da teoria da separação é impedir que exista um soberano e com isso, do ponto de vista filosófico, se configure como prevenção eficaz contra a ditadura, ou seja, a concentração de poder (ou de grande parte dele). Nessa esteira, os direitos fundamentais estabelecem limites que nem mesmo o Legislativo pode romper, salvo em “condições muito especiais” (TAVARES, 1980, p. 57).

O Estado Legislador, em uma perspectiva teórica, deve buscar produzir normas capazes de tutelar a sociedade, as relações sociais, a partir do interesse coletivo e não de interesses particulares (de um particular ou de grupos particulares). O Poder Legislativo, com viés de articular-se na manutenção do poder (garantindo reeleições próprias e partidárias) afasta-se do interesse coletivo para se concentrar nos interesses de atores políticos e sociais aptos a colaborarem com o processo (de financiamento) eleitoral¹⁶⁹. Permitindo questionar se a vinculação ao “poder soberano” do “povo” é, realmente, uma preocupação dos poderes constituídos.

2.3. Considerações sobre a Teoria Democrática Contemporânea e Poder Soberano

exercício de suas funções. Reconhece-se que o Legislativo como um poder constituído e constituinte por derivação (na produção de Emendas Constitucionais, como um Poder Reformador, por exemplo), por isso mesmo sujeito fundamental no Estado e que no sistema representativo legítimo possui a competência normativa geral. Entretanto, essa competência geral não é exclusiva, nem pertence ao Legislativo o monopólio da legislação, da mesma forma não pertence isoladamente a nenhum outro poder – o exercício é cooperativo com os demais (TAVARES, 1980, p. 59) e com a sociedade.

¹⁶⁹ É importante trazer aqui as contribuições de Jairo Lima, ao analisar as críticas feitas ao constitucionalismo político na teoria de Richard Bellamy (2007), quando aponta que a presença de diversos interesses estarem em disputa no Legislativo conta “em favor do processo político e não contra ele”. Afirma que essa presença “amplia a extensão de experiências, ideias e argumentos a serem enfrentados para chegarem a uma decisão”. Especificamente sobre o lobby, o autor, seguindo as análises de Mancuso e Gozetto (2011), afirma que “[é] da essência da atividade política, principalmente daquela que ocorre nos parlamentos, a presença de grupos de pressão, *lobbies*, defesa de interesses, etc. Isso não significa que há algo errado ou impuro nessa atividade, da qual a função judicial estaria isenta. Veja, por exemplo, o caso do lobby, o qual é visto na maioria das vezes como uma atividade ilícita que se expressa mediante a busca por vantagens indevidas em face do poder público. Todavia, não se pode deixar de considerar que esse é apenas um dos aspectos dessa atividade, há, por outro lado, o lobby lícito que se consubstancia em um instrumento democrático de representação de interesses. Para que tal vertente possa ser valorizada, Mancuso e Gozetto indicam a necessidade de se regulamentar o lobby no Brasil com vistas a proporcionar maior transparência na defesa dos interesses e equilibrar o poder de influência, já que ele é mais facilitado para segmentos sociais restritos e bem financiados” (LIMA, 2018, p. 34).

O processo decisório dos Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) é uma ação complexa, que depende diversos fatores, como a conjuntura política, legitimação dessas decisões junto à sociedade ou mesmo *sua tramitação nos órgãos técnicos desses poderes* (BENINE, 2011, p. 11). Mesmo em uma leitura estritamente política do princípio democrático, como colocado por Fernando de Brito Alves, reconhece-se a presença da “técnica democrática e o princípio da maioria, nas democracias representativas”, impondo a agregação temporária de vontades individuais, em eleições periódicas, estabelecendo representantes que terão legitimidade, durante seus mandatos temporários, para decidir em nome de um povo (ALVES, 2014, p. 32), dentro de limites.

A despeito disso, a teoria do Estado de Direito (e conseqüentemente sobre a separação dos poderes) tem raízes pautadas pelo medo dos revolucionários que os magistrados aplicadores da lei, ao julgarem os indivíduos, “nada mais fossem do que capachos” do monarca soberano que criou essas leis (ALVES *et al.*, 2016, p. 40), o que motivou a teorização do Estado de Direito com *aparente* hierarquização do Parlamento como órgão superior. Essa é uma das principais ressalvas que os revolucionários tiveram quanto ao Judiciário (visto como um apoiador do Absolutismo ou *Antigo Regime*); por essa razão, o desenvolvimento da teoria moderna proposta com a Revolução Francesa pressupõe desconfianças quanto aos juízes e privilegia o Parlamento como representante da vontade popular¹⁷⁰.

Hoje, o Parlamento avoca para si a soberania e o protagonismo que não mais se justificam se pensados com termos de exclusividade¹⁷¹. Observando a realidade brasileira, ao contrário da lógica revolucionária, não estão sendo combatidos privilégios de uma nobreza e de um monarca soberano (que cria leis sem sentido ou para benefício próprio em uma posição alheia às demandas sociais) e que tenta “domesticar” o Judiciário. Quem tem ocupado esse papel (de constituir uma casta – quase que –

¹⁷⁰ A discussão, como se desenvolve na presente tese, recebe uma maior camada de complexidade quando a tensão é entre Parlamentos e Cortes Constitucionais, no caso brasileiro o STF, visto que as instâncias judiciais inferiores estão passíveis de alguma dimensão de controle e fiscalização (*accountability*) pelas instâncias superiores e pelo CNJ, por exemplo. O STF, contrariamente, não possui *accountability* aparente, o que provoca uma preocupação séria sobre os riscos de decisões antidemocráticas emanadas de um órgão “independente” que não é passível de controle institucional, se considera detentor da última palavra e que não são recorríveis dentro do sistema jurídico nacional. A questão das Cortes internacionais será tratada na Parte III da presente tese.

¹⁷¹ Por certo, essa não é uma colocação isenta de críticas. Existem teóricos e juristas que, com muita propriedade, buscam resgatar uma “dignidade do parlamento” na discussão democrático-constitucional e, com isso, um resgate do constitucionalismo político como caminho de proteção do debate democrático. O constitucionalismo político, constitucionalismo jurídico e suas contribuições para uma teoria da democracia constitucional no Brasil se fazem presentes na Parte III da presente tese.

hereditária, que produz leis para seu próprio benefício e alheio às demandas sociais tentando silenciar e tolher o Judiciário) é exatamente o Parlamento¹⁷² e a classe política.

Os cenários de crise e a crise no sistema representativo¹⁷³ geram “indignação e reação da sociedade brasileira”, em que é possível realçar temas como “a corrupção e a dificuldade de acesso e baixa qualidade dos serviços públicos”. Entretanto, a busca pelas respostas para tais questões não ocorrem nas instâncias participativas da Democracia, mas “no Poder Judiciário, observando-se fenômenos como a judicialização das políticas públicas e a aposta no aparato judicial-policial como principal via”. Nesse sentido, observa-se a busca por “soluções individuais” que se amparam no fundamento da “legitimidade técnica” (do Judiciário), e observa-se que tal prática “nega a centralidade do conflito entre valores e interesses – portanto, da própria política” (GASPARDO, 2018, p. 65-66). Essa negação indica descrença da capacidade de representação na arena política.

A Separação de Poderes alcança um status de princípio constitucional. A proposta do reconhecimento da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais reconhecidos e positivados pelo STF em prol de minorias e grupos vulneráveis não se verte necessariamente em uma possível violação ao princípio da separação de poderes. A interferência do Poder Judiciário, especialmente, em sede da Corte Constitucional, na esfera legislativa para o reconhecimento do direito às uniões entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, se prestou a reconhecer a positivação de direitos por meio da interpretação constitucional a respeito de temas que são judicializados por deliberada omissão do Legislador (que escolhe não legislar) e por uma concreta violação do dever de legislar – que é um *imperativo constitucional*. É importante destacar que a vedação ao retrocesso nem sempre é tutelada pelo Judiciário como um todo ou, vale a ressalva, é preciso considerar que há sempre o risco de o Judiciário retroceder e a garantia dos direitos fundamentais ficar a cargo dos outros Poderes¹⁷⁴.

¹⁷² Críticas mais específicas quanto a “qualidade” do Legislativo brasileiro estão presentes no Capítulo III da presente tese.

¹⁷³ É preciso repensar o sistema representativo e seus pressupostos, especialmente pela representação política exercer um papel fundamental no exercício democrático brasileiro que tem o exercício do voto periódico em eleições livres e diretas e a existência de partidos políticos (na lógica de pluralismo partidário) como pressupostos do sufrágio e do exercício da soberania popular (TEIXEIRA, 2016, p. 22).

¹⁷⁴ Uma das dinâmicas salutares em um Constitucionalismo Democrático é a compreensão que a vivência e construção democráticas se compõem de forma dialética e de mútua influência. Nesse sentido, não se pode eleger o Judiciário como um “messias” isento de interferências ou como órgão que sempre acerte. Nas situações em que o Judiciário incorrer em ferimento dos direitos humano-fundamentais, caberá ao Legislativo e ao Executivo intervirem, justificando e legitimando sua atuação à luz da proteção dos

A teoria de separação dos Poderes estabelecida por Montesquieu é de suma importância para a história do pensamento jurídico e democrático do Ocidente, lançando bases para o Direito Constitucional¹⁷⁵. As três funções políticas (executiva, legislativa e judicial) foram criadas em sua configuração mais influente com igual hierarquia e com poderes para influenciar os demais, de forma a deixar a sociedade “evoluir” livremente. Essa visão foi promovida na teoria norte-americana de forma radical, superando a proposta de Montesquieu (para quem o judiciário deveria ser nulo e invisível), colocando-o como poder central, com o intuito de que houvesse equilíbrio entre todos (especialmente por não haver atos por impulso oficial por parte do Judiciário, agindo apenas por provocação). A formatação norte-americana consagrou a força do Poder Judiciário como órgão *que goza de imenso prestígio por toda a sociedade* (USTARROZ; DI LORENZO, 2004, p. 620).

Assim, não se pode esquecer ou afastar as considerações sobre o tema da real finalidade da Democracia e mesmo do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, é salutar discutir a *viabilidade do controle externo* da participação popular, destacadamente quando esta busca trilhar caminhos (ou buscar instrumentos) que venham a ferir *determinado núcleo de direitos fundamentais de outros cidadãos – em especial as minorias* (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 171). Essa preocupação se motiva no intuito de combater a visão de que o Legislativo “tudo pode” por ter sido eleito por voto popular¹⁷⁶.

Como frisado por Eisenstadt, o desenvolvimento dessas modernidades múltiplas¹⁷⁷ apresenta elementos de “evolução contínua”, sendo uma de suas

direitos, das minorias e dos grupos vulneráveis. Nesse sentido, a população ciente e consciente tem o dever de fiscalização e participação no debate público para que a marcha dos Poderes e da Democracia seja sempre progressivo. Inclusive, a cidadania ativa e consciente legitima manifestações de *backlash* e de resistência em face de decisões judiciais injustas e antidemocráticas.

¹⁷⁵ A realidade contemporânea evidencia a necessidade de se questionar se a forma de manifestação do poder soberano se dá unicamente pela produção legislativa. O poder soberano não advém do Parlamento, mas do “povo” que manifesta tal poder soberano por meio de sua Constituição (que é a materialização desse Poder). Se a Constituição consubstancia o poder constituinte então representa a escolha de um povo por um determinado ideal de Estado. Assim, a Constituição se torna um novo paradigma de legitimidade vinculando o Estado (incluindo o Parlamento) de modo que toda e qualquer produção legislativa receba sua legitimidade se for condizente com a Constituição.

¹⁷⁶ Tavares adverte que os *pais fundadores* (se referindo especialmente a Thomas Jefferson e Alexander Hamilton) já indicavam o medo de que uma tirania do Legislativo seria um terrível perigo para a democracia nascente, também antevendo o risco futuro de uma tirania do Executivo, é importante destacar. Todavia, não se pode sustentar qualquer legitimidade para uma ditadura judicial, judicialismo ou a Corte Constitucional como uma superlegislativa ou um poder acima do Executivo e Legislativo como já se aventou na teoria constitucional estadunidense por nomes como Brandeis, Holmes, James Beck e Hugues, por exemplo (TAVARES, 1980, p. 59-60).

¹⁷⁷ Aqui é possível acrescentar que implica reflexos nas *dinâmicas democráticas*.

características marcantes “sua capacidade potencial para autocorreção contínua”, ainda que não possa ser tomado como um dado adquirido. A modernidade gera possibilidades destrutivas, assim como a própria Democracia, e não se desenvolve pacificamente ou de formas cristalizadas. A concepção da modernidade como progresso inevitável é reiteradamente contestada por “confrontos e conflitos internos”, contradições e tensões implícitas e, na arena política, uma crescente exigência por democratização (EISENSTADT, 2001, p. 147-148).

É contraproducente negar as relações existentes entre Democracia e direitos humanos, da mesma forma que não se pode negar que tais relações suscitam questionamentos e teorizações. Tais abstrações devem atualizar a teoria de separação dos Poderes e as limitações dos poderes constituídos. É possível mencionar, por exemplo, Beetham (1998, p. 114) como teórico que relaciona direitos civis e políticos como elementos integrantes da Democracia, e os direitos sociais e econômicos teriam uma relação de mútua dependência com ela. Os direitos culturais (graças às sociedades multiculturais) demandariam uma “releitura” da Democracia tendo a igualdade de cidadania como realização principal (ESTEVÃO, 2010). Tais aspectos ilustram a existência de balizadores para a atuação dos poderes constituídos.

É possível, entretanto, ir além do proposto por Beetham, no sentido de recolocar a relação da Democracia e dos direitos (de todos os “grupos”) em um patamar superior, com a aplicação da teoria da Democracia a diversos contextos, não apenas vinculada à soberania estatal. O que se propõe, nesse sentido, é a construção da Democracia edificada pelos direitos humano-fundamentais, visto que substancializar e atualizar os direitos humano-fundamentais nos desafios contemporâneos são os principais intentos da Democracia. Busca-se, dessa forma, superar a visão que remete a uma linearidade para a igualdade, autoridade, representação e soberania como categorias políticas. A atualidade demanda considerar a centralidade da diferença com outras escalas de justiça (local, regional e global), visto que novos temas passam a ocupar as pautas de decisão do poder político (antes temas localizados no espaço privado) e que hoje não devem estar à margem da análise e do debate políticos (ESTEVÃO, 2010)¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Registre-se que o direito de livre união afetivo-sexual entre pessoas do mesmo sexo (com gozo de iguais direitos e dignidade como é reconhecido pelo Estado aos casais de sexo diferente) é um exemplo – o que historicamente tem demandado debates sobre a descriminalização da homossexualidade, sobre a descriminalização de relações sexuais consentidas entre adultos de mesmo sexo, a vedação de qualquer tipo de tratamento discriminatório nas relações públicas e privadas (incluindo por motivo de orientação afetivo-sexual), até direitos de união, sucessão, direitos previdenciários, além do direito de adoção por parte de casais homossexuais. Assim, o avanço de um direito nunca é um passo dado arbitrariamente, mas

Gustavo Zagrebelsky propõe uma revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa) – como consequência natural para que um Estado (uma unidade dúctil) possa ser verdadeiramente plural – como sendo o abandono da soberania de um único princípio político dominante. Esse abandono de um princípio político absoluto, por fugir da forma de um padrão modelar (e aqui entendido no sentido de modelo a ser seguido), pois esvazia-se a relevância de exclusões de “diferentes”, já que não há um princípio político unitário principal (ZAGREBELSKY, 2003)¹⁷⁹.

Feitas as considerações sobre a teoria constitucional contemporânea e os destaques para a necessidade de pensar a realidade brasileira como paradigma de investigação da aplicação da teoria tripartida dos poderes constituídos, se mostra adequado voltar as atenções da exploração teórico-prática para a atuação do Parlamento e a complexidade da crise de representação que otimiza uma judicialização da política. O capítulo que se segue está orientado por essa perspectiva

fruto de um processo de lutas e organização de minorias nos espaços públicos, nas arenas oficiais e, por fim, dada a configuração das democracias constitucionais contemporâneas, nas arenas oficiosas das Cortes e Tribunais Constitucionais (não como principal arena de luta política, mas espaço estratégico para estabelecimento de consentimentos provisórios mínimos).

¹⁷⁹ Ao contrário das teorias clássicas e tradicionais que enxergam a relação entre constitucionalismo e democracia, liberdade e direitos fundamentais, bem como outros, sendo uma relação impossível, Zagrebelsky propõe um modo de pensar do possível, que busca a concordância prática que se apresenta para ação (ZAGREBELSKY, 2003)/

Capítulo III. DO LEGISLATIVO COMO PODER COM EXCLUSIVIDADE (I)LEGÍTIMA PARA MANIFESTAR A SOBERANIA POPULAR.

É pela promessa de tais coisas que desalmados têm subido ao poder. Mas, só mistificam! Não cumprem o que prometem. Jamais o cumprirão! Os ditadores liberam-se, porém escravizam o povo.

Charles Chaplin, em *O Grande Ditador* (1940).

Trata-se de um fato histórico que a atuação da sociedade e a democratização do poder estatal, em uma leitura moderna, estejam relacionadas (ou mesmo interconectadas) com o sistema representativo (manifestação indireta do povo por intermédio de representantes) por intermédio de eleições proporcionais, majoritárias e periódicas. Além disso, essa (cor)relação entre deliberação e representação representou um salto na qualidade, no aperfeiçoamento das relações sociais e das deliberações referentes às políticas públicas. Nesse sentido, representação e deliberação se tornaram intimamente ligadas, sendo possível afirmar que os representantes expõem e evidenciam os interesses daqueles que representam¹⁸⁰, apesar de não raro o interesse dos representantes esteja camuflado como “interesse público” (PIN, 2014, p. 1065)¹⁸¹. A crítica necessária, portanto, é sobre até que ponto essa desconexão entre interesses dos representantes e representados seria (ou não) legítima.

A deliberação, dada a centralidade do Parlamento na teoria jurídico-política tradicional, fica (quase que apenas) circunscrita ao processo de argumentação dos legisladores¹⁸², por meio do qual eles (trans)formam (sobre políticas e resultados) as preferências uns dos outros e do público em geral (ROCHA, 2010, p. 122). Nesse aspecto, o povo não participa do processo de deliberação, mas é influenciado pelos interesses dos legisladores. A lógica levaria a crer que o caminho deveria ser o contrário.

Se por Democracia se entende a participação do povo nos processos deliberativos em alguma medida que não seja restritivamente a representação eleitoral, é indeclinável que os atores sociais sejam capazes de se reconhecerem como parte dessa interlocução, igualmente possam expor livremente seus argumentos, suas razões e fundamentos e ainda tenham o direito de voz (o direito de falar), como também tenham

¹⁸⁰ O fato de essa intimidade de interesses ser *afirmada* não significa que possa ser *sentida* ou mesmo real – muitas vezes não supera um patamar meramente retórico.

¹⁸¹ Desse modo, os interesses particulares dos representantes não podem prevalecer sob o argumento que foi a “vontade da maioria” que os colocou no poder

¹⁸² Considerando a práxis legislativa do Brasil é possível depreender uma pobreza da dimensão argumentativa do Parlamento ou mesmo da relevância de audiências públicas ali.

o direito à atenção do Poder Público (direito de serem escutados). Essa interlocução não pode ser apenas *pro forma* ou paliativa, mas deve implicar necessária construção da via política como *locus* discursivo em que argumentos racionais sejam capazes de afetar os rumos da política¹⁸³.

Considerando que diferentes regimes buscaram adotar (com óbvias adaptações) o rótulo de “democráticos” por considerarem, especialmente, no Ocidente, que a democracia seria o único regime apto a garantir a aceitação unívoca dos governados, desenvolveu-se por todo o mundo uma miríade de tipos de democracias. O que se verifica, entretanto, é que, em muitos desses “tipos”, existe um afastamento do sentido etimológico do termo “democracia”, já que o povo não exerce o poder (exceto quando muito, de forma mediada). As democracias quase que totalmente são estabelecidas como representativas por considerar-se a impossibilidade de repetir o experimento grego de participação direta. Considerando que as democracias representativas encerram uma contradição (pois se desenvolve como um governo do povo sem o povo na tomada das decisões políticas), o aspecto da *accountability* é apontado como resposta para os problemas fundamentais dessa contradição (MIGUEL, 2004, p. 01-03).

Existem aqueles que possuem uma crítica mais acentuada ao Parlamento, como é o caso de Marcelo Braz, que, citando Lenin (a quem atribui total razão), afirma que “o Parlamento é uma fábrica de cretinos”, declarando o *cretinismo parlamentar* exemplificado “sem disfarces” na votação do impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff alegando que a Câmara dos Deputados estaria apenas atendendo aos interesses do que ele afirma ser a bancada do “Boi, Bala, Bíblia, Bola e Banca [...] a que se soma ainda a ação parlamentar de poderosas empreiteiras” (2017, p. 88-89). Essa desconfiança quanto ao Legislativo não é uma posição isolada. Segundo Rafael da Silva Menezes, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) promoveu a pesquisa *Índice de Confiança na Justiça Brasileira*, durante o primeiro semestre de 2016, e identificou que apenas 10% da população consultada confiava no Poder Legislativo, enquanto 11% dos

¹⁸³ Alguns autores acreditam que o Legislativo é dotado de mecanismos de leitura da sociedade para captar suas preferências, o que forneceria subsídios para análise de métodos e argumentos para alcançar um resultado satisfatório. O foco na utilização desses mecanismos usualmente seria atingir a reeleição. Nesse aspecto o cenário seria de competição e não de cooperação (PIN, 2014, p.1066). Logo a atenção do Legislativo em “ler” a sociedade se furta da sua principal função para verter-se em estratégias de manutenção no poder.

entrevistados afirmaram confiar no Poder Executivo e, ainda, uma minoria de 7% dos consultados afirmaram confiar nos políticos brasileiros (2017, p. 18)¹⁸⁴.

É importante destacar também que a ideia de supremacia do Parlamento como órgão de *representação democrática* é uma construção relativamente recente¹⁸⁵. Como destacado por Fernando de Brito Alves, a Democracia e o procedimento eleitoral não se confundiam de início como a teoria clássica da Democracia faz parecer¹⁸⁶. A Democracia, em sua acepção substantiva, tem como pressuposto a igualdade entre todos os cidadãos, em contrapartida o processo eleitoral e suas dinâmicas de representação sugerem que existe, com ares de aristocracia, a existência de indivíduos mais preparados do que outros para fazer as escolhas públicas e que provariam essa qualidade passando por um processo de competição por cargos políticos (ALVES, 2014, p. 33)¹⁸⁷.

O Parlamentarismo, como forma de governo na *época moderna* (e as concepções sobre o Parlamento em outros modelos, ainda que indiretamente), nasce com o uso simbólico da lei e da política, criando uma ideia de Democracia sem cidadãos, mas consolidando o Parlamento como um “grande fórum público de debate” e na arena

¹⁸⁴ É possível afirmar que desde 2013, com a ocorrência das manifestações populares no Brasil, acentuaram-se as discussões a respeito de uma (suposta) crise da Democracia representativa, sob o argumento principal da existência de um conflito entre a atuação dos representantes do povo e a vontade do povo soberano de atuar por si mesmo. Vale o destaque que as “críticas à democracia representativa não são recentes” (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 166-167).

¹⁸⁵ Durante a maior parte da história do ocidente, a representação (conceitualmente ou na prática) não esteve relacionada com democracia, liberdade ou justiça como poderia parecer com a valorização da representação nas democracias contemporâneas. Monarcas representa(va)m o Estado (no passado e agora), hoje diplomatas (não escolhidos por escrutínios popular) representam o Estado, bem como servidores públicos em missão etc. A convergência dominante de desenvolvimento das instituições representativas se dá nos séculos XIX e XX com a ideia de sufrágio universal, resultado de extensão do direito de voto (um homem, um voto) e eliminação do voto censitário (que tinha riqueza como requisito formal e obrigatório). Essas modificações (com a posterior inclusão de mulheres) gerou a crença de que a representação política progrediu no sentido de tornar governos populares viáveis. Os partidos de massa também se somam aos outros aspectos de “valorização” da representação como instituição democrática “popular” (TEIXEIRA, 2016, p. 24-25).

¹⁸⁶ Já existia parlamento, por exemplo, na história inglesa desde o século XIII, ou mesmo já existia na França anterior ao movimento de Revolução sendo uma instituição do período monárquico francês que era, a propósito, absolutista. Registre-se que no contexto francês uma das insatisfações políticas era o fato dos Estados Gerais (como era conhecido o Parlamento Francês) não ser convocado ou mesmo consultado desde 1614 (o que esvaziava sua relevância).

¹⁸⁷ A despeito da ideia largamente compartilhada que existe atualmente uma crise de representatividade, sendo essa desconexão crescente entre representados e representantes, é possível identificar que mesmo na primeira fase/modelo de democracia liberal já se difundia junto às elites estabelecidas a existência dessa crise, uma vez que a horizontalização democrática (com a expansão/ampliação) da possibilidade de participação política pelas classes mais pobres (não proprietárias de terras ou bens de produção) seria, para tais elites, um fator de crise e ameaça à democracia. A ampla participação, nessa concepção elitista, prejudicaria as liberdades burguesas, gerando crise política e instabilidade da própria democracia, já que se configuraria uma “crise” por fugir da estrutura protetiva exclusivista formatada pelos interesses burgueses de manutenção do status quo e da propriedade (TEIXEIRA, 2016, p. 20). Essa visão de uma leitura resistente e hostil à ampliação da participação democrática é também identificada por Albert Hirschman em “A retórica da intransigência” (1992).

política um cenário onde ocorrem as batalhas pelo poder (RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, 2017, p. 97).

Uma ressalva necessária: as críticas ao Parlamento traçadas no presente capítulo não se dirigem, em absoluto, para uma proposta de desvalorização do referido Poder Constituído, ou a apresentar de alguma forma que a Democracia representativa deva ser abolida ou afastada. A crítica tecida se faz na dimensão da prática experienciada e identificada na realidade e na história brasileira recente, o que não deve significar uma condenação ao valor político, teórico e geral do Parlamento dentro do processo democrático. Dito de outra forma, o que se apresenta é uma análise da realidade na perspectiva não no que *deveria ser*, mas no que *de fato é*¹⁸⁸.

O julgamento desenvolvido na presente tese, entretanto, não invalida a importância do Parlamento e sua função essencial para o processo democrático representativo¹⁸⁹. Em razão disso é preciso também refletir em que medida o *accountability*, especialmente o eleitoral (vertical), é realmente suficiente ou presente para legitimar a composição e atuação dos legisladores com superioridade no debate político.

3.1. A Crise de representatividade do Parlamento à luz das teorias democráticas

É válido sublinhar qual é o conceito de *crise* que se adota para as reflexões as quais seguem: como destacado por Fernando de Brito Alves e Guilherme Fonseca de Oliveira, trata-se de um conceito polissêmico, mas que precisa ser analisado com cautela para não incorrer em uma constatação apressada e falsa, fruto do senso comum teórico (2015, p. 166)¹⁹⁰.

Em contrapartida, pondere-se que momentos de crise e incerteza política (de forma inevitável) colocam em evidência as dúvidas sobre a legitimidade do poder

¹⁸⁸ É um fato que os elementos constantes da crise representativa tornam, sob uma perspectiva fática e operacional, difícil acreditar no constitucionalismo político como um caminho possível ou mesmo viável na realidade parlamentar brasileira.

¹⁸⁹ A ideia é que, ao final de uma sucessiva implementação de direitos materiais, ocorra um amadurecimento do potencial cívico da (e na) sociedade gerando cidadãos mais comprometidos e um Parlamento com maior qualidade democrática, o que seria uma justificação da atuação das Cortes na implementação de direitos como possível contribuição para o progresso de uma cultura política-democrática.

¹⁹⁰ A crise de representatividade pode ser associada mais a uma crise do sistema político liberal que formatou esse modelo de representação política. O esgotamento desse modelo de organização estruturada na representação se mostra claro na instabilidade da dinâmica político-partidária competitivo-elitista, diferenciando governados (não aptos) e governantes (aptos) no exercício do poder. O processo eleitoral é insuficiente para conferir legitimidade real e em nada contribui para que se amadureça um espírito cidadão por se limitar à ideia de igualdade formal de participação (TEIXEIRA, 2016, p. 16).

daqueles que governam¹⁹¹. A partir disso, se identifica uma busca por alternativas que visem garantir que princípios democráticos¹⁹² sejam protegidos e tenham sua validade conservada especialmente em face de cenários que os coloquem distantes no horizonte. Constitui-se uma missão árdua “estabelecer fundamentos democráticos para a autoridade”, especialmente, em razão de suas contradições e ambiguidades presentes na prática e na teoria (ROSA, 2017, p. 11).

No entendimento de Mayra Goulart e Goffredo Adinolfi, o “dilema entre democracia e representação é constitutivo da relação conceptual entre ambos, e agrava-se na contemporaneidade” sendo visível que é cada vez menor a coordenação do processo de individualização em instâncias coletivas de agregação de vontades como é o caso dos partidos políticos, entre outros. Esses partidos perdem sua centralidade na ordenação das identidades e preferência dos eleitores¹⁹³, pois não acompanham a multiplicação das identidades e o fenômeno da *dessubjetivação* do povo enquanto totalidade¹⁹⁴. Configura-se, dessa forma, “um panorama de crise mundial dos mecanismos representativos” como apontam diversas pesquisas¹⁹⁵ (2018, p. 390).

¹⁹¹ Como analisado por Leandro Gavião, com base na teoria democrática de Rancière (2014), a democracia deixou de ser *o governo de qualquer um* para se tornar *o governo da maioria*. Na era moderna os intelectuais e legisladores criaram mecanismos para restringir a participação, adotando, por exemplo, a cidadania censitária como uma solução para manter a participação democrática restrita a alguns privilegiados (2015, p. 498) quando das primeiras tentativas de ampliação.

¹⁹² A autora destaca, como exemplos, os princípios da liberdade, igualdade e autonomia como valores juridicamente relevantes nesses cenários de incerteza (ROSA, 2017).

¹⁹³ Ao considerar, na presente tese, a influência de grupos religiosos (conservadores e reacionários) munidos de argumentos retóricos (especialmente nos Capítulos IV e VIII), é possível identificar que essas lideranças religiosas se apropriam da carência de referenciais e da desconfiança nos partidos políticos, fazendo com isso, um processo de assumirem-se (enquanto pastores de um rebanho) como guias e agregadores de preferências e escolhas políticas. Com uso da retórica religiosa, somada com a retórica polemista e alarmista que irão desembocar em alguma medida nas teses da *retórica da intransigência* de Hirschman (1992), aproveitam-se da arena política para impor suas próprias pautas contra os avanços progressistas, como a união entre pessoas do mesmo sexo e direitos sexuais da mulher, por exemplo.

¹⁹⁴ Que fique claro que a pesquisa desenvolvida não identifica “nessa multiplicação das identidades e o fenômeno da *dessubjetivação* do povo enquanto totalidade” como exatamente um problema, mas como um estado de coisas que deveria ter sido mais bem trabalhado e assimilado pelo sistema representativo. O povo enquanto uma totalidade é uma ideia utópica construída no Ocidente para justificar e legitimar a autoridade estatal a partir de uma soberania oriunda de uma entidade que não fosse mais a natureza (contraposição ao naturalismo clássico) ou aos argumentos transcendentais da lógica teocêntrica cristã para quem a autoridade emanava da divindade. O povo, enquanto uma totalidade, se por totalidade se entende unidade de identidades, é uma promessa ou mesmo uma suposição. Se há um povo é preciso depreender que é composto por múltiplos grupos e culturas que devem ser considerados, mas que historicamente, em razão de uma governabilidade supostamente fluída ou passível de maior controle, foi tomada como uma identidade única e, com isso, hegemoneizou-se (como uma totalidade conforme) o perfil de uma elite dominante. Assim, a Democracia e o sistema representativo não devem negar essa multiplicidade de identidades, mas (re)construir as arquiteturas de participação para assimilar essas dialéticas *interculturais*.

¹⁹⁵ Os autores destacam que o “problema da crise no universo da representação é amplamente abordado na literatura contemporânea. Sobre a perspectiva do Direito e da contribuição que as instituições jurídicas têm a oferecer, consultar: Jürgen Habermas, Peter Häberle, Pierre Rosanvallon, Joaquim Gomes

Fernando de Brito Alves (2014), com respaldo em Bernard Manin (1997) e Ellen Meikins Wood (2011), aponta que a adoção de processos eleitorais de escolhas de representantes significou uma espécie de triunfo da aristocracia em comparação com a modalidade de sorteio dos cargos políticos presente no mundo grego. Com o pressuposto da existência de indivíduos mais preparados e que poderiam competir pelos cargos públicos por serem “melhores” que a maioria, houve afastamento da presença popular nos governos e uma reserva de espaço político para as elites. Exemplos de perspectivas e fundamentos operacionais (teórico-funcionais) mostram que o regime de representação política não decorre do princípio democrático (como é o caso das antigas monarquias europeias). Assim, o conceito moderno de representação, e que fundamenta a teoria da soberania do Parlamento, permite o desenvolvimento de uma “democracia sem povo” (ALVES, 2014, p. 33-34)¹⁹⁶.

A crise da Democracia Representativa é identificável por meio da “baixa participação eleitoral, a desmobilização partidária, a diminuição do número de associações e da participação voluntária”. Entretanto, não se pode afastar a importância de que se façam presentes mecanismos que permitam “algum modo de deliberação como forma de aumentar a legitimidade do sistema democrático”¹⁹⁷. A teoria deliberativa (como uma proposta de “aperfeiçoamento” da Democracia moderna), nesse sentido, recebe críticas e propostas de releituras de seus pressupostos teóricos (PEREIRA, 2012, p. 70).

Após a redemocratização do país, com a abertura política, acabou-se por criar uma grande expectativa de que, com a CRFB/88, a cidadania receberia contornos novos e a “vontade popular” se faria representar na vontade estatal. Houve, parcialmente, o atendimento dessa expectativa (visto as inegáveis conquistas, bem como a efetivação de muitos direitos fundamentais) com *o fim da repressão política e o direito ao voto livre para escolha da classe política*. Entretanto, apesar de se eleger representantes por meio

Canotilho, Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti, Antoine Garapon e outros” (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 390).

¹⁹⁶Essa opinião é compartilhada por Teixeira que parte do mesmo referencial observando que a lógica de uma “elite” dos melhores, mais proeminentes e valorosos (ou simplesmente os mais ricos), mais capazes e mais aptos para captar as necessidades sociais e a partir delas desenvolver as políticas públicas que as atendesse se fez presente na tradição filosófica e política estadunidense (TEIXEIRA, 2016, p. 26) expandindo-se para outras teorias como a francesa (e para a Europa como um todo).

¹⁹⁷Uma das preocupações presentes está em identificar um aperfeiçoamento democrático no controle judicial de constitucionalidade na medida em que este amplia a possibilidade e participação de atores no processo de deliberação com as figuras do “amicus curiae” e as audiências públicas como elemento de reconstrução de uma Democracia crítica com espaços ampliados e procedimentos dialéticos de tomada de decisão e significação constitucional.

de eleição¹⁹⁸, pela vontade popular, nem sempre prevalece o interesse público no cenário nacional¹⁹⁹. A falta de conexão entre os interesses dos eleitores e dos eleitos e suas atitudes durante o exercício do mandato constam como alguns dos elementos presentes na *crise da democracia representativa que assola vários países no mundo* (KIERECZ, 2016, p. 360-361).

A sociedade brasileira presenciou nas eleições que sucederam a redemocratização pautas idênticas (premissas): “combate a corrupção; saúde; educação; segurança, e; *representação*”, mas ao fim das eleições é possível identificar o “agravamento da crise representativa”, como destacado por teóricos da Ciência Política europeia e norte-americana ao analisarem o contexto nacional (CASTRO, 2018, p. 03).

A Democracia representativa, dentro de uma tipologia ideal, apresentaria quatro princípios indispensáveis para identificar um governo representativo: (i) os representantes são eleitos pelos governados; (ii) os representantes conservam uma independência parcial diante das preferências dos eleitores; (iii) a opinião pública sobre assuntos políticos pode se manifestar independentemente do controle do governo; e, (iv) as decisões políticas são tomadas após debate (MANIN, 1995 *apud* CASTRO, 2018, p. 05).

Quanto aos representantes eleitos e à sua (in)dependência junto às preferências dos eleitores, Giovanni Sartori (1993) observa que, para Schumpeter (o fundador da teoria da democracia competitiva), a Democracia é a seleção dos representantes investidos (pelo eleitorado) do poder de decidir questões políticas, ou seja, seria a Democracia um método institucional para chegar a decisões políticas onde algumas pessoas adquirem o poder para decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto popular.

¹⁹⁸ O método eleitoral não foi estabelecido como uma forma de popularização da participação das decisões políticas, nem no sentido de permitir maiores chances de igual participação política. A função do sistema eletivo se prestou “como mecanismo de tornar a estrutura representativa um organismo de governabilidade do Estado”. A construção teórica extraída do “Segundo Tratado sobre o Governo” de John Locke reforça a necessidade do governo representativo para a realização da prática política mediante o consentimento como mecanismo (de legitimação) para o exercício do poder político no ato eleitoral. Teixeira destaca o *consentimento* como “instrumento de aceitação da estrutura de composição do poder, do seu método de escolha e de confiança nos resultados obtidos”. Além disso, os mecanismos de representação foram estipulados e concretizados como únicas estruturas para o exercício da Democracia, como se fossem essenciais (um papel fundamental) para o seu exercício como lógica legitimadora e legitimada pelo exercício do voto e a participação dos partidos políticos (TEIXEIRA, 2016, p. 26). Vale destacar que o consentimento não é algo ruim, nem é vazio de legitimidade democrática, na medida em que a crítica feita é apenas quanto à sacralização da representação como único caminho democrático possível.

¹⁹⁹ É salutar observar que, quando se fala de vontade e manifestação popular, não se pode negar que algumas “aumentam contra a democracia e exaltam o período da ditadura militar” (KIERECZ, 2016, p. 360).

Trata-se, portanto, de uma definição estritamente procedimental da Democracia. Sob a ótica de Friedrich, Sartori observa que, em um contexto competitivo, os eleitos são cotidianamente condicionados pela expectativa de como reagirão seus eleitores ante as decisões que venham a tomar. A luta competitiva, então, produziria o que ele chamou de *responsiveness*, *responsividade*, receptividade ou resposta. Essa resposta funcionaria como um volante que condiciona a máquina política em relação-correspondência às preferências do *demos* (SARTORI, 1993, p. 103-104).

As configurações políticas podem evidenciar, em maior ou menor grau, a representação (representatividade) e suas falhas. Desse modo, cabe esclarecer algumas configurações apresentadas como tipos de governo (que ilustram estágios do sistema representativo recente) sendo: (i) governo parlamentar e (ii) governo dos partidos políticos, apresentadas por Manin (1995) e analisadas por Leonardo Aires de Castro. Em resumo, no governo parlamentar, “o centro da representação está no representante, que consolida em si todo o poder e estrutura eleitoral”, já no governo dos partidos políticos: considerando que os representantes não mais são escolhidos por seus atributos pessoais e sim pelas suas organizações eleitorais (partidos), observa-se a prevalência do papel da mídia em comunhão com interesses partidários e de suas lideranças. Assim, as deliberações legislativas passam a atender os interesses dos partidos políticos e o que eles negociam com os atores políticos, “não mais confidenciando ao representado o poder de decidir e instruir voto” (CASTRO, 2018, p. 5-6).

O próprio Manin, considerando o desenvolvimento tecnológico, de modo especial entre outros momentos fundamentais, estabelece o desenvolvimento das dinâmicas sociais para o que chamou de (iii) “democracia do público” como panorama do governo atual (sendo um novo tipo de governo). É possível identificar nesse desenho a volta da centralidade da personalidade do indivíduo na disputa eleitoral (o que é identificável no cenário brasileiro pelos recentes casos de líderes carismáticos e – quase – messiânicos) como principal veículo eleitoral (CASTRO, 2018, p. 06-07).

No que se refere aos partidos políticos esses passam por uma mudança de paradigma na lógica política nos quadros de recrutamento e nas bases dos partidos (antes eles buscam organizar e vocalizar interesses dos grupos representados, mas posteriormente afastou-se a população) e na articulação de poder no Legislativo (organização interna, liderança, votações de projetos de lei) e campanhas eleitorais com a mobilização dos cidadãos para captar votos na figura da personalidade escolhida pelo partido (CASTRO, 2018, p. 06-07).

O terceiro modelo seria uma mistura dos anteriores, pela centralidade do líder carismático e a organização partidária ao redor dele. Essa dinâmica pode também sinalizar para que as configurações partidárias elejam de suas bases alguém capaz de assumir esse papel de liderança carismática (ainda que não figure, de fato, como um líder do partido). Sob tal aspecto, o líder carismático é forjado exatamente para captar a atenção pública como um personagem popular que tenha apelo junto as massas.

O modelo liberal-elitista de Democracia, no âmbito político (e que parece arraigado no imaginário popular como um formato único ou satisfatório de Democracia), é criticado por ser muito restrito (a participação popular ou participação democrática se limitaria ao processo eleitoral de “legitimação” das escolhas das lideranças políticas, como que subordinado ao poder econômico), o distanciamento do Estado (na dimensão do Executivo e principalmente do Legislativo) em relação à sociedade civil e o fato das liberdades serem apenas formais e não reais para todos os cidadãos (SANTOS, 2002a, p.29-38).

Essa visão se alia ao proposto para uma Democracia competitiva, a qual é, na verdade, uma roupagem formal “adequada” a um cenário de *Democracia de público*. Tal raciocínio (do apelo público, carismático, na competição pela preferência eleitoral e assegurando que isso seria “democracia”) sustenta(ria), em tese, sua validade (e legitimidade) no processo eleitoral como algo infalível ou inevitável. Entretanto, as reflexões traçadas denunciam a insuficiência dessa lógica.

Em sentido muito próximo, Marilena Chauí (2005, p. 23) destaca que “[e]stamos acostumados a aceitar a definição liberal da democracia como regime da lei e da ordem para garantia das liberdades individuais”, em que “o pensamento e prática liberais identificam liberdade e competição”. Para além, frisa que tal raciocínio significa uma redução de conceitos, por exemplo, a *liberdade* fica reduzida ao “chamado direito de ir e vir”²⁰⁰, da “competição econômica da chamada livre iniciativa” e da “competição política entre partidos que disputam eleições”. A *lei* fica reduzida à limitação do poder político “defendendo a sociedade contra a tirania, pois a lei garante os governos escolhidos pela vontade da maioria”. A *Democracia*, a despeito de ser “justificada como valor ou como bem, é encarada, de fato, pelo critério da eficácia”, esta medida, no tocante ao Legislativo “pela ação dos representantes, entendidos como políticos

²⁰⁰ Ou mesmo ao simplificada ao reducionismo da liberdade de votar *livremente* em quem quiser (ou a liberdade de votar em branco ou nulo), em livremente votar e ser votado etc..

profissionais” e no que tange ao Executivo “pela atividade de uma elite de técnicos competentes aos quais cabe a direção do Estado” (CHAUÍ, 2005, p. 23)²⁰¹.

Tavares (2005), na esteira de Przeworski (1991) e de Ferreira Filho (2001), considera que a Democracia representativa, mesmo alicerçada no princípio majoritário, acaba gerando resultados muito mais consequências de negociações entre dirigentes das forças políticas do que de um processo de deliberação com participação universal (ainda que indireta). Nessa dinâmica, o papel do processo eleitoral é de mera ratificação, ficando os processos de deliberação e supervisão resguardados da vontade social, como é possível ver nos esporádicos *movimentos prebliscitaristas* os quais acabam recebendo conotações negativas.

A ideia da escolha popular dos candidatos só ocorre após um processo de seleção de grupos ou cúpulas oligárquicas, fazendo o processo de escolha limitada²⁰². André Ramos Tavares acrescenta que muitas das decisões adotadas pelo Congresso e Executivo acabam se fazendo sem qualquer conotação majoritária, mas sim de acordos internos (apartadas de preocupações sociais), o que não é um procedimento esperado em um contexto democrático. O *modus operandi* envolve candidatos votando cegamente, sem qualquer discussão, mas apenas conforme as orientações das lideranças do partido (TAVARES, 2005, p. 556-557).

Como colocado por Murilo Gaspardo, ainda que seja relevante o reconhecimento formal de direitos iguais, a positivação desses direitos não assegura seu exercício “se não houver condições objetivas para tanto”. Nesse sentido, o autor destaca “que as eleições são insuficientes para gerar legitimidade democrática e responsabilização dos dirigentes políticos”, além do que “o Estado organizado conforme tal modelo democrático”, vale dizer, de representação liberal-elitista, “atua como um reproduzidor de desigualdades” (GASPARDO, 2018, p. 69). A Democracia só é legítima e justificável

²⁰¹ A estruturação do sistema representativo, nesses moldes e com especial destaque para o papel do Legislativo, como imprescindível à realização da democracia moderna é fruto das revoluções burguesas (americana e francesa) no século XVIII. A teorização ali nascente estabeleceu a representação como substituição ao Estado Absolutista buscando conferir à essa nova proposta algum grau de legitimidade, dessa forma, essa formatação de democracia representativa (legitimada por representar a soberania popular, em tese, mediante a representação política) e com a atuação de partidos políticos como mediadores do processo expandiu-se se fazendo presente, no ano de 2014, em 167 países (TEIXEIRA, 2016, p. 19).

²⁰² Essa dinâmica é mais facilmente identificada no processo eleitoral dos EUA, mas também no Brasil o processo de escolhas de candidatos acaba servindo muito mais como uma estratégia dos partidos em escolherem um sujeito que tenha algum apelo com as massas ou algum apadrinhamento político.

na medida em que oferece a tutela da cidadania e a garantia dos direitos humano-fundamentais. Se não é legitimada nesse contexto, a representação dá sinais de crise²⁰³.

Cabe pensar na identificação da crise de representatividade e em seus impactos na Democracia, ao tempo em que é preciso considerar criticamente se essa crise de legitimidade representativa auxilia no processo de compreensão da *legitimidade* de atuação judicial para suprir esse tipo de lacuna (seja intencional ou não) em nome de uma suposta *supremacia constitucional*²⁰⁴. O foco, portanto, é pensar em que ponto a Democracia e a cidadania estão sendo respeitadas na crise de representação parlamentar e na atuação supostamente “compensatória” (do ponto de vista do equilíbrio de Poder) por parte das Cortes.

Castro (2018, p. 04) destaca que a representação política pode ser aferida pela Ciência Política tendo como um de seus principais indicadores a satisfação do público para com seus governantes (entendido aqui que o corpo parlamentar espelha a sociedade) no que se refere ao atendimento de premissas pelos canais institucionais, de forma a garantir que os princípios do governo representativo sejam efetivados.

Com aporte nas reflexões de Pipa Norris, Castro (2018, p. 04) afirma que se trata de um ciclo: um bom governo gera alta taxa de aceitação democrática, um governo ineficaz gera um retorno negativo por parte dos governos que passam a desejar removê-los de suas atribuições e a buscar novos responsáveis públicos que sejam eleitos para satisfazer a vontade popular²⁰⁵. Mais uma vez, é necessário ponderar criticamente o que seria a vontade popular ou a “aceitação” popular, visto que a opinião pública pode ser facilmente manipulada e influenciada²⁰⁶.

Pereira, com fundamento em Stokes (1998), estabelece críticas sobre os processos deliberativos considerando “preferências e identidades dos cidadãos em ambientes democráticos”. Partindo-se do ponto de que identidades podem ser

²⁰³ Assim, considerando que as eleições podem não ser um processo tão “responsável” ou “responsível” (no sentido de responsividade) o critério do *accountability* parece estar superestimado nos debates da teoria democrática e constitucional.

²⁰⁴ Usa-se a expressão “suposta” por ser sempre prudente desconfiar da atuação das Cortes e analisar caso a caso se a decisão é puramente política ou resultado de um complexo processo de identificação hermenêutica de valores e fatos que apontem uma mudança de significado constitucional partindo de (ao mesmo tempo que está construindo) uma superação de paradigmas na cultura jurídica e política (como destacado na Parte II da presente Tese).

²⁰⁵ Essa possibilidade de troca de representantes no processo eleitoral é uma das dimensões do *accountability* vertical mais destacada na teoria democrática nas leituras do constitucionalismo político.

²⁰⁶ Essa preocupação permeia as análises na presente tese, pois adota-se aqui uma leitura ampliada e potencialmente mais atual do sentido democrático em que a participação popular pode se dar em *multicanais* e também enxerga com desconfiança manifestações populares que demandem retrocessos democráticos e de direitos humano-fundamentais.

modificadas por meio de processos comunicativos, é preciso estar atento ao fato de que Estados e partidos políticos desejam moldar as identidades para que sigam suas orientações políticas e, com isso, possam legitimar suas propostas políticas e receber apoio nelas.

As pseudoidentidades, por sua vez, estão passíveis de enquadramentos “que na verdade são prejudiciais aos próprios indivíduos que delas se apropriam”. A relevância desse debate se encontra na possibilidade de que as identidades possam prejudicar seus próprios grupos em processos deliberativos ao apoiar e encobrir “reais interesses que lhes são desfavoráveis”. Logo, “a deliberação pode permitir que políticas sejam direcionadas a interesses específicos através da manipulação das preferências dos cidadãos” (PEREIRA, 2012, p. 71-72)²⁰⁷.

A representação, entretanto, precisa ser revisitada observando que não se (p)resume como sendo um contrato onde os representados delegam poder absoluto no processo eleitoral, nem pode ser compreendida como nomeação dos legisladores (do Parlamento) como um novo “soberano” (que não mais existe no formato contemporâneo de Estado)²⁰⁸. A representação possui uma natureza que não prescinde de uma constante recriação e vinculação com a sociedade (URBINATI, 2006, p. 195).

Sobre os protestos de 2013, Bernardo Supranzetti de Moraes (2017) destaca que estes marcaram a história do país por colocar em pauta vários temas sensíveis à política nacional. O autor destaca que a mídia teve importante papel no período, manifestando principalmente o foco dos protestos em sua maioria ressaltando “que as pautas eram abertas e quem estava na rua não sabia sobre o que reivindicar” (MORAES, 2017, p. 167). Para Moraes, a indignação era contra todo o sistema político e “os sucessivos erros que a forma de governo cometeu ao longo dos últimos anos” (2017, p. 167)²⁰⁹.

²⁰⁷Essas reflexões não pretendem invocar as participações deliberativas como um problema ou um exercício ilegítimo. A ressalva é apenas para destacar a necessidade de observância dos limites e propósitos dessa participação que pode ser articulada apenas como validação de processos antidemocráticos. Há uma especial preocupação com a disputa na arena ideológica, com argumentos retóricos e falaciosos, pode ser poderoso instrumento de perversão e de estabelecimento de *pseudodemocracias* por força de *pseudoconsensos* políticos emanados de maiorias sociais ou parlamentares. Por óbvio a reflexão que surge de imediato é se os consensos (im)postos nas decisões das Cortes e Tribunais Constitucionais não incorreriam em pseudoconsensos, vez que poderia desagradar maiorias sociais e políticas. Nessas circunstâncias, divergindo do constitucionalismo político que não busca uma “boa resposta”, enxerga-se na decisão judicial da Corte uma racionalidade constitucionalmente tutelada e que, por sua própria natureza, tende a sobrepor igualdade e liberdade sobre interesses outros de maiorias eventuais.

²⁰⁸ Postura teórica que *poderia* sugerir uma adoção do princípio da supremacia parlamentar como caminho.

²⁰⁹ Essa recriação e vinculação com a sociedade não é satisfeita com a simples ocorrência de eleições periódicas tendo-se em vista a possibilidade de renovação de seus membros. Os contornos atuais da

Por vezes, a mídia apenas transmite a insatisfação quanto ao regime político e a existência da crise de representação²¹⁰. Entretanto, é particularmente perigoso quando a imprensa distorce a opinião pública para que se volte contra a Democracia como se fosse ela a origem do problema. Essa questão é importante quando se fala em *backlash*, visto que a opinião pública pode buscar se legitimar como se “vontade popular” fosse e erodir, com isso, a própria Democracia em prol de interesses privados deste ou daquele grupo de poder. Essa atenção crítica sobre a atuação da mídia deve ser também direcionada para a atuação do Parlamento em sua função precípua: legislar.

É necessário, por se tratar de uma análise sobre crise de representatividade, apresentar ponderações sobre a figura do *accountability*²¹¹, um dos elementos de ampla “legitimação” nas teorias do constitucionalismo político na busca de conferir aos Parlamentos, com exclusividade, o poder decisório. O *accountability* se refere ao controle que poderes estabelecidos exercem mutuamente uns sobre os outros (perspectiva horizontal) e necessidade de os representantes prestarem contas para a população (perspectiva vertical)²¹², sendo a eleição o ponto central como momento de delegação da capacidade decisória, por força da soberania popular e o exercício da *accountability* propriamente dita (MIGUEL, 2004, p. 03-04).

Manoel Leonardo dos Santos, com respaldo em Manin *et al.* (1999), aponta que a ideia de *accountability* vertical (via processo eleitoral) possui sérias limitações, podendo-se mesmo perceber ineficácia enquanto mecanismo por (i) ser uma

Democracia parecem sugerir mais elementos de uma Democracia participativa ampliada e uma leitura da superação de paradigmas sociais em um momento necessário (mas nunca “natural” ou “consequencial”, pois se trata de uma escolha política) de progresso e autoaperfeiçoamento.

²¹⁰ Destacando o papel da mídia nas manifestações de 2013, Venício A. de Lima assinala que os meios de comunicação têm um papel de formar a imagem pública de um regime, especialmente para acentuar um aspecto constante na cultura política brasileira: a figura da “desconfiança arraigada em relação à política e aos políticos”. Essa imagem pode, conforme o autor, “reforçar a descrença sobre a própria estrutura de representação partidária-parlamentar”, o que merece atenção por, de alguma forma, produzir um teor de relação “direta e extremamente nefasta entre a desmoralização da atual conjuntura e a substância mesma dos regimes democráticos” (LIMA, 2013, p. 88).

²¹¹ Rebello destaca que *accountability* significa *responsabilidade de prestar contas*, podendo ser apontado pelos estudiosos como *electoral accountability*, *accountability* intraestatal, vertical, horizontal, político e social (REBELLO, 2011, p. 398). Como foge do escopo da presente tese um aprofundamento maior sobre o *accountability*, sugere-se a leitura da tese “*Accountability* no Brasil: os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes” de Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade Mota, que aborda sobre o tema desenvolvendo seu conceito, identificando suas dimensões essenciais e sua presente no sistema de “checks and balances” (2006).

²¹² Peruzziotti e Smulovitz (2001) sugerem a existência de uma terceira dimensão de *accountability*, sendo essa a *accountability* social, feita pela mídia e organizações não governamentais, mas por não possuírem sanções seus resultados dependem de outros poderes como o judiciário ou eleitorado. Luis Felipe Miguel considera não aplicável a existência desse terceiro status como terceira dimensão, por depender do apoio do eleitorado ou dos poderes instituídos, o que já estaria contemplado na *accountability* vertical e horizontal, respectivamente (2004, p. 03-04).

oportunidade única para avaliar múltiplas decisões do representante e com isso “castigar ou recompensar”; pelo fato que (ii) “o voto é uma ação estratégica descentralizada, como não pode ser coordenado, não pode também ser considerado como um resultado prospectivo ou retrospectivo”; e pela razão que (iii) existe déficit de informação para o cidadão, em geral, que compromete(u) sua capacidade para avaliar de forma satisfatória o desempenho do governo e representantes (MIGUEL, 2004, p. 42-43).

A despeito dessas limitações, seguindo as análises de Jairo Lima, o conceito de *accountability* político envolve a “relação entre os cidadãos e os governantes mediante o intercâmbio de responsabilidades, informações e potenciais sanções”²¹³. O autor, baseando-se em Robert Lipkin (2006), destaca que “*accountability* relaciona-se com a possibilidade de seleção e substituição de governantes” em um processo de *input* e *output accountability*, tratando-se de um mecanismo de controle democrático em sentido vertical (governantes sendo controlados pelos governados)²¹⁴. Lima aponta que, nessa construção teórica, existe ainda um terceiro elemento: “o *process-accountability*, o qual significa a possibilidade de governados se comunicarem com os governantes para gerar influência sobre a decisão que eles precisam tomar” (LIMA, 2018, p. 08-09)²¹⁵.

²¹³ A despeito da confiança e esperança que a teoria democrática parece atribuir à *accountability* vertical, esta não passa “mais do que uma pálida efetivação na prática política”. Não se identifica capacidade significativa de supervisão pelo eleitorado, em contra partida se observa o desencanto com mecanismos representativos gerando “aumento dos índices de abstenção eleitoral”, “erosão das lealdades partidárias” e “manifestação de alienação” (MIGUEL, 2004, p. 04). A percepção de sociedades complexas e plurais mostra que a *accountability* não foi capaz de proteger ou atender minorias, o que tem demandado uma série de propostas que mudem o cenário atual (MIGUEL, 2004, p. 13). Para uma melhor compreensão dessas propostas sugere-se a leitura do artigo integral de Luis Felipe Miguel “A democracia e a crise de representação política: a *accountability* e seus impasses” (2004).

²¹⁴ Jairo Lima acrescenta que “a perspectiva do *accountability* vertical não considera o fato de que esse controle democrático também pode ocorrer horizontalmente, por meio das relações entre as próprias instituições estatais”. Assim, baseando-se em Gloppen *et al.* (2010), Lima aponta que “as cortes são instituições centrais para o exercício de *accountability* horizontal, pois contribuem para a garantia da competição política, da igualdade de participação, dos espaços de deliberação e contestação e dos direitos fundamentais” (LIMA, 2018, p. 09).

²¹⁵ Esse controle demanda, entretanto, que os governados sejam detentores de informação política. Rebello destaca que a informação política, nas democracias, possui papel essencial para as teorizações de pensadores como Dahl, Levine, Molina, Diamond e Morlino, mas há uma visível fragilidade na teoria por ausência de demonstração empírica de como se articula decisão eleitoral esclarecida e informação política. Destaca-se que a ideia de representados politicamente informados para a tomada de decisões eleitorais envolve “um processo excessivamente longo e complexo”, o que implica custos. Além disso, “o eleitor como indivíduo influencia pouco na decisão eleitoral como um todo”, não se podendo afastar a compreensão que as racionalidades individuais e coletiva não convergem obrigatoriamente (REBELLO, 2011, p. 402-404). Cabe acrescentar que Rebello ainda apresenta um rol de pesquisas empíricas que mostram que o eleitor brasileiro não vê racionalidade em informar-se politicamente, nem quer assumir os custos de se informar (2011). Os dados apresentados por Rebello são de 2002, mas não há indícios que apresentem uma melhoria do cenário nacional desde então. É preciso reconhecer, em termos práticos, acrescenta-se, que o *homo faber* não tem tempo para se manter politicamente informado na sociedade de consumo configurando-se como uma exceção e não a regra. Rebello, por sua vez, apresenta que o electoral accountability (que poderia ser tomado como responsabilização eleitoral) como um controle

Esse terceiro elemento envolve a participação de grupos de pressão da sociedade civil organizada em audiências públicas, *lobbies* e atuações similares.

Maurício Miguel Rebello (2015) observa que a relação entre fragmentação partidária e clareza de responsabilidade ocorre em praticamente todas as eleições brasileiras. A análise feita por ele aponta que na maioria das eleições há “total dissonância do desempenho do partido na Presidência e na Câmara dos Deputados” o que foi apontado na pesquisa “como falta de clareza de responsabilidade”. A pesquisa por ele desenvolvida aponta que “em países presidencialistas com inúmeros atores partidários e com grandes coalizões de governo, a lógica de premiar ou punir bancadas parlamentares se encontra distante” o que acaba por comprometer a fé que tem se atribuído na teoria democrático-constitucional à legitimidade do Parlamento pelo *accountability* (REBELLO, 2015, p. 88)²¹⁶.

O debate acerca dessa relação demanda compreender a *accountability* (e em alguma medida a representatividade) em suas concepções restrita e ampla. *Accountability* restrita é eleitoral e tem uma dimensão de responsividade e uma de responsabilização que envolve a obrigação dos agentes públicos em adotar o “comportamento com responsividade”. Há uma hierarquia entre os atores políticos envolvidos no modelo principal-agente (relação que se estabelece quando uma parte é dotada do poder de decisão – eleitores e seu poder de voto, figurando, portanto, como principal, e a outra parte da relação é responsável pelo processo de implementação da decisão – políticos eleitos/agentes com dever de representação). Nessa relação, eleitores

público pelo voto, sendo amplamente mencionado pelos teóricos da democracia e do constitucionalismo político. Há, na execução prática dessa ideia, problemas como a falta de informação política no exercício dessa avaliação retroativa, na medida em que o cidadão médio não se encontra devidamente informado (pode-se acrescentar que essa dificuldade é potencializada com os fenômenos de *fake news*, desinformações nas redes sociais e mídias paralelas, estabelecimento de uma lógica de pós-verdade etc.). Rebello acrescenta que não se trata de uma concepção de representação imperativa (para fazer valer o *accountability* efetivamente) quanto aos interesses dos representados/cidadãos por parte do representante/agente público, de modo que não é um mandato, mas uma limitação/restrição de postura. A ideia é que os representantes façam as melhores escolhas políticas para os cidadãos o que não é necessariamente uma verdade correspondente (REBELLO, 2011, p. 396-401).

²¹⁶ Ranulfo Paranhos indica uma farta produção intelectual que considera a escolha de representantes pelos representados como elemento fundamental de legitimidade política nas democracias contemporâneas, pois esses representantes transformariam necessidades coletivas em políticas públicas. O assunto é central no debate sobre a qualidade democrática dos Estados e seu funcionamento. Os sistemas políticos representativos constituíram, na máquina estrutural, a possibilidade de transformar insumos (vontades sociais e debate público) em produtos (políticas públicas, leis, etc.) com a atuação de atores políticos que são escolhidos pela preferência dos eleitores que se identificam com suas propostas eleitorais na expectativa de implementação de agendas coincidentes dos interesses de eleitores com dos eleitos para postos políticos. Essas dinâmicas perfazem os princípios da responsividade democrática, que “existe quando os representantes atuam em favor dos interesses dos representados” (2016, p. 54-55).

podem destituir os eleitos para quem eles delegaram um poder (parcial) e de quem devem receber a *accountability* (PARANHOS, 2016, p. 56).

O exercício de responsividade e de responsabilização com a *accountability* é difícil, sendo a manutenção do controle sobre o agente uma das questões mais desafiadoras²¹⁷. O processo eleitoral estabelece uma única oportunidade de julgamento (que pode se renovar ou não), mas apenas se dá após o período do mandato e um sem número de ações políticas no exercício da atividade política. Não há como o eleitorado avaliar (*accountability* ampla), de forma satisfatória, se o agente/representante está agindo em seu favor ou mesmo a quem ou a que ele está(ria) sendo responsivo, mas é “quase consenso que os representantes não devem ser exclusivamente *accountable* a si próprios”, pois isso poderia uma renúncia da “democracia representativa ou admitir uma total particularização da esfera pública” (PARANHOS, 2016, p. 56-57).

Essa dinâmica democrática deve estar organizada com representantes (que exercem o poder de decidir com preferência sobre as ofertas disponíveis, buscando retornos maiores com menores custos) e representados (que tem a preferência na indicação de demandas) como atores principais. Nessa relação, o exame retrospectivo do exercício de representação leva(rá) em conta a avaliação sobre o mérito (*accountability*) das ofertas (de demandas) escolhidas pelos representantes e pela avaliação da relação entre eles. O exame prospectivo da representação está no atendimento das demandas apresentadas pelos representados (responsividade), de modo que haverá quebra ou ruptura da responsividade se as preferências e demandas dos representantes e representados forem diferentes.

A transparência, nesse sentido, é o canal (ou canais) que permite um melhor exame/fiscalização da representação na deliberação pública, pois: (i) aumentar o acesso à informação e o uso dessa ferramenta reduz a assimetria entre os lados da relação e significa impactos diversos sobre a decisão pública; (ii) proporciona melhor fiscalização por parte dos cidadãos, o que força a atuação dos representantes em atender as demandas e isso implica responsabilidade dos agentes; (iii) reflete na fiscalização da

²¹⁷ A qualidade do modelo de democracia que se está construindo estará maior na medida em que há sensibilidade dos representantes (e das instituições) às demandas da sociedade e essa qualidade será reduzida quando restringir mudanças em nome de interesses não coletivos (como na ocorrência de um agente político atender os interesses do grupo que lhe sagrou vitorioso no processo eleitoral). Na ocorrência de baixa responsividade se recorre a um grau maior de responsabilidade como forma de contrabalancear a tomada de decisão pública. Paranhos reconhece que uma Democracia nem sempre pode garantir soluções razoáveis e que agradem a todos, mas deve adotar o melhoramento qualitativo dos procedimentos de tomada de decisão onde a racionalidade seja também melhorada à luz da Democracia (PARANHOS, 2016, p. 58-59).

responsividade; e (iv) é importante canal para que Legislativo e Executivo se fiscalizem (PARANHOS, 2016, p. 59-60).

3.2. Reflexos de interesses privados no Parlamento e ausência de racionalidade na produção legislativa

A qualidade da produção legislativa é uma preocupação em regiões como a Europa, o que deveria influenciar uma maior atenção brasileira a esse respeito, já que existe uma tendência de importação de processos estrangeiros. Existe um *déficit* quanto ao desempenho do Poder Legislativo no Brasil, facilmente constatado (i) em leis inúteis produzidas em quantidades absurdas; (ii) na falta de leis necessárias para a sociedade (que reflitam os anseios sociais); (iii) na existência de leis mal redigidas que acabam por provocar insegurança jurídica; e (iv) no descompasso entre os avanços tecnológicos e sociais e a morosidade legislativa (TAVARES, 2005, p. 555).

A preocupação com a avaliação (seja “ex ante” ou “ex post”) das normas e da própria política legislativa e seus desdobramentos têm progressivamente ganhado relevância, especialmente, perante o olhar da Academia e da atividade jurídica. Dessa forma, a Ciência da Legislação busca estudar o processo ou a atividade de produção normativa para, sobretudo, melhorar a qualidade das leis e para que essas sejam “bem feitas” como produto de uma “legislação racional” (RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, 2013, p. 02). No contexto brasileiro, essa atenção tem sido eminentemente acadêmica²¹⁸.

Rodríguez Ferrández (2013) destaca a pertinência de requisitos apresentados como essenciais pelo Conselho da Europa determinando que todos os processos de avaliação das normas deveriam observar, entre outros: (i) que, em nenhuma situação, o processo de avaliação deveria afetar o equilíbrio entre o poder que aprova a avaliação e aquele que a realizará; (ii) que a independência do organismo avaliador deve estar garantida em sua composição (multidisciplinar e ampla no que se refere aos seus membros); (iii) que o acesso ao máximo de informações possíveis deve ser dado ao organismo de avaliação e de modo fácil; (iv) que o processo de avaliação deve ser amplamente divulgado para que desempenhe (via publicidade) plenamente seu papel no debate democrático. Dessa forma, Rodríguez Ferrández reforça que é necessário oferecer meios suficientes para que a realização e o planejamento da avaliação

²¹⁸ No Brasil as investigações de pesquisa têm se voltado para a *Análise de Impacto Regulatório* com o viés principal para os impactos sobre a liberdade econômica.

legislativa possam ocorrer devidamente – o que se faz com instituições eficazes, recursos humanos preparados e respeito aos prazos processuais (RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, 2013, p. 02-03).

A experiência europeia demonstra um paulatino destaque nos sistemas de avaliação “ex ante” e “ex post” da legislação produzida, nos programas de redução de ônus administrativos e nas técnicas de consulta pública. Nos Estados europeus, destaca-se a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que assume esse papel em âmbito internacional; é possível mencionar que o Conselho da Europa (CDE) apresenta requisitos essenciais para o processo de avaliação das normas.

A União Europeia antigamente se restringia a uma avaliação “ex post” especialmente voltada para despesas, mas a partir dos anos 90 e, sobretudo com os anos 2000, passou a fundamentar e aperfeiçoar as bases dos programas de melhoria legislativa. O plano de ação envolve(u) a utilização mais generalizada de assessoria especializada no processo legislativo, com consequências na avaliação legislativa prévia e avaliações de impacto normativo. Em 2008, foi produzido um *Guia de Avaliação Legislativa* elaborado pela Comissão Europeia e, em 2016, foi celebrado o Acordo Interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia com o objetivo de contribuir para a qualidade legislativa e a tomada de decisões políticas no processo decisório democrático (RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, 2019, p. 27-33).

Angélica Rodrigues Alves, ao desenvolver suas reflexões sobre o processo de formação legislativa, destaca uma “necessidade inafastável de se buscar a utilidade da lei”, considerando que ela foi (ou deveria ser) pensada a partir de seus resultados e nos impactos da lei sobre a realidade. Alves ressalva que essa preocupação não significa “uma imposição de limites ao legislador”, entendendo que isso “seria inadmissível, podendo tal atividade ser balizada tão somente” pela CRFB/88. A autora frisa que a boa logística apontaria “para a implementação de sistemas de análise *a priori* da proposta legislativa e *a posteriori*, do produto da atividade legiferante” (ALVES, 2018a, p. 92-93).

Pensar na qualidade da produção legislativa não busca substituir o processo de decisão política, mas intenciona que se construa “um sistema de princípios ou regras que impeça os políticos de tomarem decisões legislativas irracionais e, ao mesmo tempo”, induza-os “a adotar decisões racionais nesta área”, levando-se em conta os efeitos e consequências dessa decisão. O saber científico, desse modo, não substitui as

decisões políticas (RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, 2011, p. 206), mas as torna mais racionais e constitucionalmente orientadas²¹⁹.

A história recente da Democracia brasileira demonstra que existe uma arquitetura política para efetivar interesses ligados a reformas setoriais e legais com viés econômico, indicando o “fortalecimento de uma nova direita pautada em bases conservadoras no que tange os costumes e economicamente ultraliberais”²²⁰ (CASTRO, 2018, p. 03). Esse avanço conservador pode influenciar na formação de um Parlamento potencialmente violador de direitos fundamentais e que poderia legitimar os retrocessos com seu pretense “pedigree” democrático²²¹.

Um acompanhamento acerca da atividade legislativa nacional tem despertado o interesse de pesquisadores nacionais, especialmente quanto ao impacto ou abrangência dessas leis (se elas concentram ou difundem benefícios) que são apresentadas e aprovadas pelo Parlamento brasileiro²²².

Não se nega que a legislação seja fonte do Direito, mas cabe refletir criticamente que esse importante mecanismo pode servir ao atendimento de interesses políticos de grupos muito específicos. Luz, considerando reflexões de autores sobre a questão, analisa que a legislação se coloca a funcionar com relativa rapidez se houver suficiente pressão política, nesse sentido para o autor, a promulgação de uma lei (como uma forma de reação do sistema jurídico na direção desejada pela política) é um símbolo de êxito

²¹⁹ Em um ambiente democrático o reconhecimento da diversidade (inclusive epistemológica) existente no mundo implica no questionamento sobre como as formas de participação democrática podem servir como instrumentos de validação de relações de desigualdades entre os participantes. Uma limitação na forma de participação pode se dar de formas variadas, desde sutilezas até limitações explícitas, mas com o claro intuito de “legitimar as decisões políticas tomadas com um ‘verniz’ democrático” (PEREIRA, 2012, p. 72).

²²⁰ É salutar trazer contribuições da Ciência Política e considerações teóricas sobre os termos *direita* e *conservadorismo* como elementos recorrentes em diferentes análises político-ideológicas e por tantas vezes controversas. Quadros e Madeira apontam a análise de Bobbio (1995) como adequada para compreender os termos direita e esquerda, inicialmente reconhecendo a existência de plurais visões entre os extremos dessas propostas ideológicas. Bobbio adota como critérios identificadores para reconhecimento de “cada pólo do espectro ideológico”, nesse sentido a direita seria marcada por valores de tradição e hierarquia e a esquerda por ideias de emancipação e igualdade. Os autores também extraem de Luke (2003) a figura do “princípio da retificação” como aspecto distintivo, onde a direita busca a preservação do *status quo* e da ordem social por assumir uma postura de ceticismo perante mudanças (que poderiam gerar, em sua visão, desordem e fragilização das liberdades individuais) buscando negar a possibilidade de retificação; enquanto isso a esquerda busca retificar essa ordem e status quo (ou até aboli-los) para minimizar desigualdades. Partindo desses referenciais Quadros e Madeira reforçam a associação entre os conceitos de direita e conservadorismo, especialmente considerando os grupos e pautas levantados por grupos no Brasil que se assumem em maior ou menor grau como direita conservadora, mesmo que se possa reconhecer, com base em Freedon (2013), a possibilidade de micro e macroideologias dentro dos espectros de direita e esquerda (QUADROS; MADEIRA, 2018, p. 489-490).

²²¹ Usando uma expressão de Conrado Hübner Mendes.

²²² Nesse sentido se desenvolve a pesquisa de Milton de Souza Mendonça Sobrinho que destacou a mesma preocupação em diversos autores (2014, p. 15).

político, como o triunfo de um grupo que se encontra no poder nesse momento (LUZ, 2015)²²³.

A crise de legitimidade do valor central do Legislativo, nessa dinâmica democrática, especialmente considerando a democracia como uma ideologia político-jurídica que busca a Justiça Social, implica produzir uma séria reflexão sobre o tema. Há uma espécie de sensação de que o Legislativo não mais representa o povo, pervertendo uma construção teórico-filosófica do valor norteador da produção normativa²²⁴.

Convém destacar que Locke (liberal clássico) tinha receio de que o Legislativo (entendido por ele como detentor do poder supremo do Estado) pudesse se tornar arbitrário, pelo que entendia o filósofo que, ainda que o Parlamento tivesse o “poder político fundado no consentimento da coletividade”, por intermédio do processo eleitoral, por exemplo, necessitava de algum tipo de controle.

A proposta de Locke envolvia a “necessidade [de o] Poder Legislativo atuar em consonância com um processo pré-estabelecido, da proibição de se delegar o seu poder e de governar por atos improvisados e arbitrários” além de que, com a preocupação de excessiva concentração de poder, “defendia a absoluta impossibilidade de o próprio corpo legislativo executar as suas leis” (MEDEIROS, 2008, p. 196). Ana Larissa da Silva Brasil e Robson Gomes destacam que Locke, ciente da fragilidade humana, anteviu “a grande possibilidade de abuso do poder se as mesmas pessoas que fazem as leis, devessem executá-las” (2016, p. 103)²²⁵.

²²³ Como exemplo é possível mencionar a superação legislativa ocorrida com a movimentação de setores econômicos para perpetuar a prática da vaquejada, que gerou duas leis e uma PEC que se converteu em Emenda Constitucional em menos de dois anos.

²²⁴ É possível exemplificar, por exemplo, que a filosofia tomista classifica as leis entre justas (como aquelas que são voltadas para o bem comum – *em razão do fim*, e quando impõem obrigações aos cidadãos a partir de uma lógica de proporcionalidade quanto ao bem comum – *em razão da forma*) e injustas (quando não dotadas daquelas características) desprovidas de legitimidade (pois elas não levam em consideração o bem comum). Por conta desses elementos as leis “têm força de obrigar no foro da consciência” pela sua legitimidade (de serem justas), pois, “trazendo obrigações proporcionais, são justas e, portanto, são leis legais” (AQUINO, 2005, p. 589-590). Assim, até mesmo na lógica medieval (filosofia teológica) apenas poderiam ser consideradas leis (enquanto tais) aquelas dotadas de legitimidade (ou seja, de justiça, por considerar o bem comum), sendo essa percepção um fundamento do pensamento jurídico ocidental. Seria absurdo pensar que, à luz do Terceiro Milênio, essa noção continuasse sendo apenas um tributo decorativo da tradição, sem qualquer vinculação lógica no processo de análise da legitimidade das leis (e do próprio Parlamento).

²²⁵ A aplicação ou interpretação equivocada (ou mesmo radical) da Teoria da Separação dos Poderes, que atribui ao Parlamento a função de ser a “voz do povo”, muito se assemelharia ao Absolutismo Inglês do século XVII, mas em uma (irônica) inversão de papéis. No governo da Rainha Elizabeth I (sendo a última representante da dinastia Tudor) o “governo parlamentar” não passava de uma ficção na prática, sendo o Parlamento convocado como mera formalidade e quando a soberana (Monarca) “pretendia decretar medidas de aceitação duvidosa, ou então quando o utilizava para mascarar, com o rótulo de ‘concessões

Como observado, o Parlamento, além de sua crise de representação no que se refere à produção legislativa²²⁶, tem revelado uma perversa dinâmica de manutenção de poder que facilmente se aproxima de uma tradição patrimonialista da gestão pública. Sua configuração muito se assemelha à constituição de uma casta (quase) hereditária²²⁷ que busca a realização de seus interesses e de suas famílias (consanguíneas ou partidárias)²²⁸, em um formato que se aproximaria bastante da oligarquia²²⁹. Fernando de Brito Alves pondera que os parlamentos “são constituídos por maiorias instáveis que mudam de opinião constantemente, de modo que o ‘debate racional’ é frequentemente substituído por negociações e compromissos não racionais” (2014, p. 35).

Estudos (dados de 2014) que analisam o perfil de senadores titulares e senadores suplentes apontam alguns aspectos interessantes. Os suplentes, ao contrário dos demais ocupantes de cargos eletivos, não são votados diretamente pelo eleitor, ficando suas escolhas vinculadas aos titulares do cargo. A forma como os suplentes são escolhidos

voluntárias dos representantes do povo’, as desapropriações e outras medidas tendentes a robustecer os proventos da Coroa” (BOTTALLO, 2007, p. 26).

²²⁶ Tanto é que se consagrou na história a frase de Tácito de que “as leis abundam nos Estados mais corruptos”.

²²⁷ Pode-se mesmo afirmar que se trata de uma sucessão hereditária, considerando-se que o efeito sucessório não precisa, necessariamente, ser consanguíneo (vide, v.g., o modelo de monarquia hereditária do Vaticano). As articulações parlamentares revelam, especialmente na dinâmica do presidencialismo de coalizão, uma formatação de manutenção de poder e realização de interesses privados, afastando-se da “função” a que tanto o Legislativo arroga para si (com exclusividade).

²²⁸ Sobre “dinastias” parlamentares sugere-se a leitura de “Capital familiar e carreira política no Brasil: gênero, partido e região nas trajetórias para a Câmara dos Deputados” de Luis Felipe Miguel, Danusa Marques e Carlos Machado (2015), ou ainda a leitura de “Família e o espaço da política: recursos sociais e usos de parentesco no Legislativo Federal” dissertação de mestrado de Pedro Vasconcelos Rocha (2015). Para citar apenas duas reportagens em canais de grande circulação, é possível identificar essa problemática na reportagem para o site *Congresso em Foco*, onde Edson Sardinha denuncia que seis em cada dez parlamentares têm parentes na política (“Congresso, um negócio de família: seis em cada dez parlamentares têm parentes na política”, de 01 de agosto de 2017), onde “revela que pelo menos 319 deputados (62%) e 59 senadores (73%) têm laços de sangue com outros políticos. Há parlamentares com sobrenomes associados nacionalmente à política, como Maia, Calheiros, Cunha Lima, Caiado, Barbalho e Magalhães, [e, agora, Bolsonaro] outros de influência regional e aqueles que inauguraram essa tradição. Os números são tão expressivos que fazem o Brasil superar nesse quesito a Índia e sua conhecida sociedade de castas. Pesquisa publicada em 2011 pelo historiador britânico Patrick French mostra que 28% das cadeiras da Câmara indiana eram ocupadas por deputados com políticos na família”. É válido mencionar, como segundo exemplo, também a reportagem “As dinastias da Câmara”, da *Carta Capital*, onde afirma que “estudo da Universidade de Brasília (UnB) publicado no segundo semestre de 2015 analisou os 983 deputados federais eleitos entre 2002 e 2010 para concluir que, no período, houve um crescimento de 10,7 pontos percentuais no número de deputados herdeiros de famílias de políticos, atingindo 46,6% em 2010 – número próximo aos 44% encontrados pela Transparência Brasil no mesmo ano. Logo após a última disputa eleitoral, a ONG divulgou outro levantamento que concluiu que 49% dos deputados federais eleitos em 2014 tinham pais, avôs, mães, primos, irmãos ou cônjuges com atuação política – o maior índice das quatro últimas eleições” (18.02.2016). *A inclusão do sobrenome “Bolsonaro” entre os associados às famílias políticas não está no original, por isso sua presença entre chaves.*

²²⁹ No Segundo Tratado sobre o Governo Civil John Locke em resumo afirma que quando se “colocar o poder de fazer as leis nas mãos de um grupo selecionado de homens, e de seus herdeiros ou sucessores, e então trata-se de uma oligarquia” (2001, p. 160)

não é passível de avaliação com precisão, apontando-se indícios que muitos são selecionados por financiarem as campanhas dos titulares, outros por serem parentes, outros ainda por alianças eleitorais²³⁰. Há um percentual maior de suplentes do sexo feminino, sugerindo a confirmação da hipótese da escolha de parentes para a suplência (as esposas, especialmente). Os titulares nativos dos estados-membros se encontram em maior número que os suplentes (o que fragiliza a ideia de representação federativa).

Os suplentes representam uma baixa proporção de profissionais com ocupação de grande exposição (a exemplo de professores, funcionários públicos, profissionais de comunicação), havendo maior representação de empresários (mais de um terço entre 1988 e 2008) com 12,7% entre os 1º suplentes, 9% entre os 2º suplentes, enquanto entre os senadores titulares o percentual é de 5,5%²³¹. A maioria dos suplentes não tem qualquer experiência em cargos eletivos (58%), percentual que diminui quando analisados os titulares (14%). A importância de também considerar o perfil de suplentes parlamentares é o fato de que os senadores titulares podem se licenciar para assumir postos ministeriais, se esperando que os suplentes votem de acordo com a vontade dos titulares devendo-lhes obediência (MENDONÇA SOBRINHO, 2014, p. 26) o que não é, necessariamente, vinculativo²³².

Essa ausência de sintonia entre Parlamento e população torna-se mais latente em situações de conflito. No século XXI, problemas mais complexos (a partir da consolidação do movimento progressivo da globalização) foram postos diante dos governantes; diante dessas dinâmicas, o nível de *responsabilidade* (ou *responsividade*) daqueles perante os eleitores *decaiu a níveis preocupantes*. Isso resulta em afirmações sobre a “crise da democracia brasileira” e que brasileiros escolhem mal seus representantes. Isso seria “identificável” com o “crescimento de grupos oligárquicos e pertencentes às elites sociais, com o fortalecimento de homens brancos de classe alta/milionários no [C]ongresso [N]acional e nas assembleias legislativas em todo o Brasil”. Esse crescimento nas instâncias parlamentares resulta dos “graves obstáculos

²³⁰ A qualificação dos suplentes não parece ser um fator determinante. Enquanto os titulares do Senado representam 72% com curso superior, os 1º suplentes 63% e os 2º Suplentes 57% (MENDONÇA SOBRINHO, 2014, p. 26).

²³¹ Esse dado confirma a observação de parte da doutrina que aponta a escolha de suplentes entre empresários por conta do financiamento da campanha (MENDONÇA SOBRINHO, 2014, p. 26).

²³² Cabe destacar que estudos e análises sobre os senadores titulares ainda são raros. Alguns dados disponíveis avaliam que existe uma maioria inequívoca de membros homens, com um aumento substancial da participação feminina. No que se refere à média de idade, a predominância está na faixa de 50 a 59 anos, com uma quantidade considerável de parlamentares com mais de 60 anos. Os senadores dos anos de 1990 são políticos profissionais, com 70% com experiência no Poder Legislativo e mais de 40% no Executivo, em cargos eletivos e não eletivos (MENDONÇA SOBRINHO, 2014, p. 27).

institucionais às minorias sociais, tais como o sistema de financiamento de campanha e organizações partidárias ineptas” (CASTRO, 2018, p. 03).

A submissão do sistema jurídico com a perversão da produção normativa para atender interesses de grupos privados possui exemplares na história recente. Não se pode olvidar que as experiências ditatoriais do século XX demonstraram que a legitimação dessas práticas (ditatoriais) perpassava pelo nível legislativo, seja usando a lei (e a Constituição) para se legitimar e formar um estado de coerção, seja suprimindo-as. Nesse sentido, o caráter de legalidade dos governos ditatoriais utilizava da lei para sua legitimação e dominação. Especialmente por, numa perspectiva *weberiana*, se presumir (como verdadeira crença do senso comum teórico) que as ordens estatuídas e o direito, por terem se originado na lei, estariam legitimadas (COSTA, 2013, p. 214-216). Nesse raciocínio, a doutrina mais legalista e tradicionalista parece querer dizer que o Parlamento, por ser eleito, “tudo pode” por uma validação prévia do voto popular majoritário²³³.

O processo eleitoral pode conduzir ao poder grupos (e pessoas) que colocam em risco a Democracia, subvertendo as instituições democráticas se não forem constrangidos por elas. Vale destacar que as instituições, isoladamente, pouco podem fazer, de modo que as “Constituições têm [de] ser defendidas – por partidos políticos e cidadãos organizados, mas também por normas democráticas”, importando dizer que sem a existência de “normas robustas, os freios e contrapesos constitucionais não servem como bastiões da democracia que nós imaginamos que elas sejam” (LEVISTKY; ZIBLATT, 2018, p. 19). Essas normas devem superar a aparente barreira da separação (absoluta) das funções do Estado e perceber na construção principiológica de um sistema jurídico um caminho em potencial para combater os ataques à Democracia (e ao Estado de Direito) usando as instituições democráticas²³⁴.

Conforme analisado por Nuno Severiano Teixeira, os cientistas políticos admitem que “as democracias consolidam, mas também podem desconsolidar”, visto

²³³ Essa seria uma leitura extrema da teoria da supremacia parlamentar e uma preocupação constante quando se pensa nas táticas de jogo duro e constitucionalismo abusivo que se fazem presentes no século XXI.

²³⁴ O uso de instituições democráticas pode se converter em “armas políticas, brandidas violentamente por aqueles que as controlam contra aqueles que não as controlam”, figurando o “paradoxo trágico da via eleitoral” o fato que “os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la” (LEVISTKY; ZIBLATT, 2018, p. 19). A forte influência de grupos majoritários (e hegemônicos) no jogo democrático (da Democracia representativa e nos moldes de uma Democracia de competição) se coloca como veículo de ascensão de lideranças carismáticas e populistas que, como *flautistas hamelinescos*, conduzem pessoas com seus discursos fáceis e sedutores para longe da Democracia.

ser a democratização um processo de dois sentidos. Assim, seja denominando como *democratic backsliding* ou *democratic deconsolidation*, a questão identificada do ponto de vista político é que na contemporaneidade o resultado é o retrocesso da Democracia (TEIXEIRA, 2018, p. 77).

A dinâmica entre Executivo e Legislativo no Brasil acentuou a tendência de suposta aproximação do modelo francês, como um sistema de governo intermediário entre o presidencialismo e o parlamentarismo. Esse tipo de formato existente, no caso da França, por exemplo, pode ser chamado de *sistema semipresidencialista*, *sistema semiparlamentarista*, *sistema de Executivo bipolar ou de Executivo dividido*, *república presidencialista-parlamentarista*, *república quase-presidencialista ou república quase parlamentarista*. Tais nomenclaturas buscam apresentar um sistema que funciona de diversas maneiras, tendo como característica ter um presidente (eleito direta ou indiretamente), um primeiro-ministro (dependente da confiança do Parlamento), nessa dinâmica o presidente tem (potencial ou realmente) poder de intervenção nas políticas públicas e no processo decisório (MORAES, 2001, p. 46-47).

O modelo francês (sistema de Executivo bipolar) pode funcionar e já o fez, ainda que com consideráveis tensões e disfunções, quando a maioria eleitoral apoia o presente e tem maioria parlamentar eleita, e/ou nas situações em que o presidente possui poder/autoridade dentro do partido e é forte no parlamento. Entretanto, quando o presidente tem poderes consideráveis, mas não tem maioria parlamentar o presidencialismo francês se torna um sistema incompatível, com impasses que potencializam crise no sistema político (MORAES, 2001, p. 46-47).

As dinâmicas balizadoras do modelo francês não se aplicam à realidade brasileira por, oficial e normativamente, adotarem um modelo supostamente presidencialista. Essa ausência de um referencial claro e a adoção de uma *prática* híbrida refletem-se em problemas práticos na realização da instrumentalização democrática²³⁵.

²³⁵ É interessante pensar que a hibridização entre os sistemas do *civil law* e do *common law* na prática judiciária, que indiretamente reflete uma aproximação entre o direito norte-americano e o brasileiro numa tentativa de conciliá-la com o modelo europeu-continental, é objeto de ferrenhas críticas doutrinárias. Entretanto, esse tipo de hibridização do sistema presidencialista com o parlamentarista recebe um ensurdecido silêncio por parte desses mesmos críticos.

Assim, sob a égide da CRFB/88, o Brasil desenvolveu um “padrão de governança” nominada pela literatura de presidencialismo de coalizão²³⁶, tendo como eixo principal a relação entre Executivo e Legislativo, em que o regime de governança coloca a presidência com um papel crítico e central de equilibrar, gerenciar e estabilizar a coalizão junto aos grupos parlamentares. Ao presidente, cabe cultivar apoio público e parlamentar para ter sua agenda executada (política e econômica), devendo manter a maioria parlamentar ao seu lado, gerando uma coalizão sob seu controle garantindo uma direção e comando do governo (MORAES, 2001, p. 48).

A CRFB/88 atribuiu ao Presidente da República possibilidade de grande influência sobre a legislação, com mecanismos de intervenção no processo legislativo, permitindo ao chefe do Executivo editar medidas provisórias (com força de lei), o que significa dizer que ele pode legislar para que seja possível (ainda que provisoriamente) implementar sua agenda contornando alguma resistência congressional. É necessário destacar que esse subterfúgio, se utilizado reiteradamente, gera um desgaste considerável para o Parlamento, por congestionar suas pautas e impedir o trabalho do Legislativo para suas matérias específicas.

Além disso, o Presidente da República possui iniciativa ampla das leis complementares e ordinárias, bem como a iniciativa sobre matérias como plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais, leis que influenciam sobre os efetivos das Forças Armadas, criação e atribuição de Ministérios e Órgãos da Administração Pública, entre outros. Entretanto, ainda que existam tais prerrogativas do Poder Executivo, não é possível governar contra a vontade da maioria parlamentar (mesmo que o presidente seja dotado de fortes poderes legislativos), pois apenas com o apoio das maiorias no Parlamento é que as propostas legislativas são aprovadas (MORAES, 2001, p. 48)²³⁷.

²³⁶ Para um aprofundamento no tema sugere-se a leitura de “Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro” (1988) e “Presidencialismo de Coalizão e Crise de Governança” (2001), ambos de Sérgio Henrique Hudson de Abranches.

²³⁷ Se beneficiando do presidencialismo de coalizão o Executivo brasileiro organiza o apoio à (e da) sua agenda legislativa por intermédio das bases partidárias, de forma similar ao que ocorre nos regimes parlamentaristas, de modo que ele (o Presidente) tradicionalmente distribui pastas ministeriais em troca de apoio da maioria parlamentar-partidária. Nesse sentido, partidos ao receberem pastas se tornam membros do governo e devem assim se portar quando estão no Congresso, votando (como “pagamento”) a favor das iniciativas patrocinadas e apoiadas pelo Executivo. No Brasil, após a CRFB/88 os presidentes tradicionalmente organizam os ministérios com a distribuição dos mesmos para as bases partidárias e as coalisões construídas por tais interesses. Esses “acordos” tendem a funcionar no Congresso, dinâmica essa que é descartada pela literatura (esse tipo de aliança) nos modelos presidencialistas (“puros”, por assim dizer) (MORAES, 2001, p. 49).

O Legislativo se coloca distante do povo²³⁸. Demandas não são discutidas ou barradas, impedindo sua discussão na arena política como a participação do povo em âmbito parlamentar. Há priorização dos interesses da casta política o que prejudica o andamento de pautas importantes. Assim, a demora do processo legislativo resulta em grave prejuízo (o exaurimento de forças) da parte débil dessa equação (que, nesse aspecto, são as minorias e os grupos vulneráveis), pois, de modo diferente daqueles que estão inseridos nos moldes dos grupos hegemônicos (que são maiorias ou são membros das elites políticas e econômicas), os grupos minoritários não têm condição de pagar o preço que a lentidão do processo decisório legislativo cobra.

A lógica clássica de que do Parlamento emana a produção jurídica com exclusividade (só o Parlamento produz o direito) é injusta com as minorias as quais, ao contrário das maiorias (ou membros de elites políticas e econômicas), não podem arrancar vantajosas concessões do Legislativo (pelo financiamento de campanhas, ou pelo “mercado” de votos, no processo eleitoral) como aqueles podem. Adaptando uma máxima dita por Cappelletti: *a democracia é igual para todos, mas um pouco mais igual para as maiorias e bem menos igual para as minorias*²³⁹.

Como observado por Fernando de Brito Alves (2014, p. 36-37), é perceptível como a teoria clássica da Democracia se baseia em presunções sobre como o Parlamento seria uma força “mais razoável e menos demagógica” sobre os interesses e liberdades das minorias e dos grupos vulneráveis, do que seria a “agregação eventual e específica da massa dos eleitores”, em um sentido que os parlamentares seriam mais razoáveis em pensar em tais interesses do que se a decisão de tal mister ficasse a cargo da população.

É preciso discordar dessa visão no sentido de que: (i) considerando que a decisão no Parlamento também obedece o princípio majoritário (mais ou menos incrementado) pode-se ter maiorias e minorias políticas no âmbito legislativo; (ii) “[a] formação de

²³⁸ Identifica-se uma perspectiva de não atendimento, por parte do Estado, da população em suas demandas, apontando-se o crescimento da insegurança e descrença nas instituições políticas. Há também uma idealização (acompanhada de uma frustração) que o Estado brasileiro passa por uma crise funcional no âmbito das instituições representativas da democracia, além de uma percepção compartilhada de uma representação político-partidária “deficitária em colocar-se na posição intermediária entre os governantes e os governados” como um mediador entre sociedade e instâncias de poder (TEIXEIRA, 2016, p. 19).

²³⁹ Essa reflexão é uma adaptação da análise de Ribeiro (2000, p. 302) quando aborda a morosidade do processo judiciário ao afirmar que “a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças à parte débil que, diferentemente do litigante mais portento, não tem condição de arcar com essa lentidão permitindo aquele arrancar-lhe vantajosas concessões. Por essa razão, Cappelletti, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: ‘a justiça é igual para todos, mas um pouco mais igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres’”.

maiorias e minorias é razoável no sistema democrático”; e (iii) a consolidação de maiorias estáveis no sistema, pode produzir monopólios políticos espúrios, situação na qual “seria bastante razoável o controle externo das decisões assembleares” (ALVES, 2014, p. 36-37)²⁴⁰.

O Legislativo, entretanto, ao buscar a satisfação de interesses privados de grupos de apoio ou para consolidação de seus próprios privilégios, negligencia (quando não expressamente viola) a liberdade dos indivíduos. É válido argumentar que a existência de grupos de pressão não é, necessariamente, uma questão prejudicial para a Democracia, apresentando-se como um sintoma esperado em um sistema representativo. Em alguma medida, esses blocos de influência legitimam a participação popular, mas isso demandaria uma regulamentação desse processo para que a transparência dessa interferência pudesse ser igualmente trabalhada por todos os atores sociais²⁴¹.

Como destacado por Saramago (2005), em uma falsa Democracia, o cidadão não tem a oportunidade de intervir politicamente e exercer mudanças, de modo que se sente à deriva e impotente diante das instituições democráticas que não consegue alcançar.

A regulamentação permitiria que se refletissem as dimensões e limitações democráticas da atuação de grupos de influência, permitindo uma relação dialógica dos atores políticos e sociais, permeabilizando a participação democrática nas estruturas de poder. É preciso destacar, entretanto, que minorias e grupos vulneráveis, por, normalmente, não contarem com um apoio da classe econômica, participariam desse jogo com realidades desiguais.

²⁴⁰ Reconhecer a supremacia constitucional nesse sentido legitima que as decisões parlamentares recebam a deferência em seu papel de centralidade nos procedimentos de construção do direito ao mesmo tempo que legitima o controle externo (como o controle constitucional do STF) sempre que se afastar do sentido constitucional e seus imperativos. Nessa perspectiva, como apontado por Almeida, não se pode ignorar que o Direito demanda pelo reconhecimento do valor universal das normas e também da singularidade inerente a todas as pessoas humanas, integrantes de uma sociedade (como pessoa livre e igual). Assim, a estrutura dual do Direito se vincula intimamente entre a ampliação dos direitos reconhecidos às pessoas pelas normas já positivadas e pelo enriquecimento do sujeito graças ao reconhecimento recíproco e de suas capacidades. Isso significa dizer: a) da validade em relação às normas; e b) da capacidade em relação aos sujeitos (ALMEIDA, 2018, p. 35). Logo se vê que a tutela de direitos deve se dar em caráter progressivo, valorizando as singularidades humanas dos indivíduos. A liberdade de executar seu projeto de vida é um valor importante para Democracia e deveria ser um verdadeiro norte da produção legislativa.

²⁴¹ O potencial dessa justificativa (a de que os Parlamentos seriam mais “justos” com minorias e grupos vulneráveis do que as massas) não pode ser ignorado. De fato, se presumiria essa postura por ser o Parlamento um representante de todos e com obrigação para o bem comum. É identificável alguma razão nesse tipo de justificativa quando a produção parlamentar estabelece direitos da criança e do adolescente (ECA), a Lei Maria da Penha, o Estatuto da Pessoa Idosa e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Entretanto, diante das opções de “não legislar”, as minorias e os grupos vulneráveis parecem legitimados a buscarem “novos” espaços de representação de interesses.

3.3. Diante das omissões ou contradições da Lei: seria o Poder Judiciário o ego da sociedade ou seu último refúgio?

Uma das preocupações recorrentes quando se pensa na crise de representatividade do Poder Legislativo é se, em contrapartida (e/ou alternativa), seria função do Poder Judiciário, nesse contexto, assumir a legitimidade e o protagonismo para ser a voz das minorias e dos grupos vulneráveis e agir de modo ativista em favor delas, visando a salvaguardar a Democracia (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 166)²⁴². Se há uma previsão de direitos na CRFB/88 e o Parlamento não instrumentaliza as competências, a quem cabe preencher essa falha se configura como um dos importantes debates sobre Democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais.

É preciso pensar criticamente para não ser conduzido pelo senso comum teórico que vê nas Cortes as decisões sempre acertadas. O estado de coisas no Parlamento, por se, não gera, de fato, uma transferência imediata e “natural” do cenário político para o judicial como solução. O STF, bem como outras Cortes e Tribunais Constitucionais pelo mundo, é uma instituição falha, com problemas institucionais e metodológicos de decisão que não sustentam uma integridade superior à do Parlamento brasileiro, em grande medida. Não é possível afastar as fragilidades do controle de constitucionalidade como um Moisés dividindo as águas e salvando o povo oprimido para guiá-los a uma terra prometida, por mais que a história recente tenha estabelecido essa sensação de confiança graças ao capital político construído pela instituição nas últimas décadas ao se posicionar ao lado das minorias e dos grupos vulneráveis em casos de maior visibilidade nacional.

O protagonismo judicial nas discussões políticas merece atenção crítica. O papel de intervenção e *coconstrução* do sistema jurídico-político da Democracia brasileira, via jurisdição constitucional é complexo, pois essa atuação contribui democraticamente quando protege e estabelece uma dimensão de garantia e fruição dos direitos humano-fundamentais e por meio de uma revisão das políticas públicas para que se aproximem das promessas constitucionais no processo de julgar os produtos da política.

O Poder Judiciário – especialmente, o STF – é chamado a se posicionar, devendo fazê-lo com base na Constituição e no sistema jurídico constitucional. Não só no Brasil, mas em outros países, muitos direitos foram conquistados e discutidos (como os direitos de minorias, direito ao esquecimento e outros temas relativos às redes sociais

²⁴² Os autores desenvolvem essas reflexões a partir das manifestações populares de 2013, no Brasil.

e novas tecnologias como a proteção de dados e violação de privacidade de dados), pois a arena das Cortes permite olhar mais adiante que as arenas parlamentares, avaliando termos e assuntos mais atuais.

Assim, por um lado, a atuação das Cortes ocupa um papel fundamental básico de expansão e fortalecimento da Democracia. Entretanto, e o registro aqui é necessário, é preciso cautela e atenção. Se a arena judicial tem sido em grande parte um espaço de *rediscussão* de temas políticos, funcionando como um “terceiro round” das disputas, convertendo as batalhas para argumentos jurídicos (com base em uma potencial racionalidade), e não mais políticos, bem como têm sido extraídos bons resultados, é possível entender (segundo algumas leituras) que isso pode esvaziar o debate público ou menos tender ao desprezo dos debates (e espaços) políticos representativos.

Além disso, há uma preocupação permanente se essas arenas sempre oferecerão um resultado positivo, já que *não há garantias* reais disso, visto que o exame é quase que totalmente orientado com base na resposta jurisdicional positiva. O histórico positivo de atuação das Cortes – como é o caso do STF no reconhecimento das uniões homoafetivas, na possibilidade de adoção por pessoas homossexuais (seja ou não na figura de um casal), na categorização da homotransfobia provisoriamente como um crime de racismo, entre outros – fechou os olhos da sociedade e da academia para o risco de resultados negativos²⁴³. É preciso pensar em outra opção de segurança democrática para as minorias sem que se deposite uma fé irrestrita na atuação contramajoritária das Cortes Constitucionais.

Para além das reflexões oferecidas sobre a Função do Poder Judiciário na teoria clássica da separação das funções estatais²⁴⁴, a história recente (os séculos XX e XXI) tem oferecido situações paradigmáticas de contestação dos postulados clássicos²⁴⁵. A inserção das Cortes Constitucionais no processo político decisório é um fenômeno

²⁴³ Uma vez ou outra, a discussão da prisão com a condenação em segunda instância é levantada como um comparativo do protagonismo das Cortes, mas essa correlação de casos é apenas uma falsa assimetria, já que os valores jurídicos e os problemas sociais relacionados se encontram em uma distância abissal.

²⁴⁴ O Capítulo II está dedicado a analisar a teoria clássica da separação dos poderes e problematizar questões importantes, mas apenas pontuais.

²⁴⁵ O século XX, em razão das discussões originadas das duas grandes guerras, colocou em xeque a ideia do valor incontestável da soberania nacional (como valor absoluto) relativa à um determinado sistema jurídico, demonstrando que valores como direitos humanos (internacionais) e direitos fundamentais (nacionais) demandam proteção mútua. O horror nazista, perfeitamente amparado na sistemática legal-estatal, promoveu algumas das mais graves violações à dignidade da pessoa humana testemunhadas. Essa situação destacou as limitações da tradicional visão do Direito (e do Justo) como oriundos da lei e do Parlamento, demonstrando que outras forças internas (como o Judiciário, as supremas cortes ou cortes constitucionais, por exemplo) e internacionais (outros Estados e entidades internacionais) devem levantar-se na defesa da dignidade humana que é (ou deveria ser) a base e o valor nuclear das realizações (e reflexões) jurídico-políticas contemporâneas

recente, uma vez que as teorias e os modelos clássicos não lhe atribuíam essa função de formular políticas públicas ou revisar em grau forte a atuação dos demais poderes.

O sistema inglês (que muito influenciou outros sistemas e serviu de inspiração para Montesquieu) tinha seu corpo decisório formado pelo Parlamento e pelo Gabinete (o braço executivo do Parlamento), excluindo o Judiciário. Bruce Ackerman (2000) diverge das análises de Montesquieu (que via na experiência da Inglaterra a separação dos poderes em Parlamento, Coroa e Judiciário) considerando aquele modelo “como fundido, ou seja, sem separação de poderes” (BARBOSA, 2015, p. 65-66).

A necessária percepção de contestação e crítica do poder estatal e da própria lei (no sentido de evitar-se o retrocesso e violações à segurança jurídica) demonstram que o Estado não é, por si, um soberano, mas é também um súdito da lei em todas as suas faces (Estado-executivo, Estado-legislador e Estado-juiz). Esse entendimento garante a legitimidade da limitação de seu “poder”, por força da Constituição como norte jurídico-político-e-ideológico da Democracia constitucional, em prol das garantias fundamentais. Limitar o excesso de poder do Legislativo, especialmente, quando este está a serviço de interesses (de grupos) privados implicou elevar a importância da jurisdição constitucional como um espaço legitimado constitucionalmente para que atue contramajoritariamente (ainda que essa não seja uma postura constante). Por óbvio, essa atuação se dá dentro do exercício racional-hermenêutico à luz e com base no texto constitucional que, em última análise, visa a resguardar a garantia da Democracia.

O protagonismo judicial, nessa dinâmica, é um fenômeno controverso, necessitando de teorizações localizadas para melhor análise de sua função nos contextos contemporâneos. Essa mudança de perspectiva sobre o papel das Cortes na tutela da Democracia não foi estabelecida ou construída, no Brasil, pelo próprio STF²⁴⁶, como se este estivesse tentando dar um “golpe de poder” ou implantar uma “ditadura do judiciário”. Nas dinâmicas contemporâneas o protagonismo judicial tem garantido o avanço das pautas dos direitos humanos e das garantias fundamentais para as minorias e os grupos vulneráveis que são prejudicadas nas arenas políticas tradicionais.

Considerando que, por muitas vezes, o Parlamento é um *locus* de realização da vontade das maiorias e mecanismos de obstrução das movimentações político-institucionais de minorias e grupos vulneráveis, há que se observar a importância das

²⁴⁶ É importante destacar, por integridade da pesquisa, que existiu em alguma medida uma movimentação do STF e seus ministros durante a Assembleia Constituinte para fortalecimento da Corte – o que demanda uma revisitação de certos pressupostos da chamada “juristocracia” no Brasil. A presente tese desenvolve uma crítica ao judiciário e à Corte Constitucional de forma mais incisiva no capítulo IX e X (Parte III).

Cortes Constitucionais. Nesse sentido, é válida a observação de Fernando de Brito Alves e Guilherme Oliveira, ao pontuarem que, nessas dinâmicas, “surge a dúvida se a consolidação de maiorias estáveis não produziria monopólios políticos espúrios, hipótese na qual seria bastante razoável o controle externo das decisões assembleares”, ainda assim, “nas democracias maduras, o controle externo do Poder Legislativo – inclusive do processo legislativo – encontra-se a cargo dos Tribunais Constitucionais”, tendo como tarefa principal a “proteção da Constituição, dos direitos fundamentais e das minorias”²⁴⁷ (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 169).

O princípio da separação das competências existe a par e passo com o princípio da proteção das liberdades fundamentais e (é intuitivo afirmar) pela proteção dos direitos e garantias fundamentais como um todo. Se os direitos fundamentais são o núcleo legitimador da existência estatal (ainda que originalmente fosse para tutelar a propriedade privada como preocupação principal) não se poderia crer que o princípio da separação dos poderes pudesse colocar em risco (ou mesmo negar) direitos fundamentais (ou legitimar essa negativa ou risco). Assim, o princípio da separação dos Poderes deve ser aplicado na medida em que tutele tais direitos. Em mesmo sentido, hoje, não há como defender a legitimidade do Parlamento se ele se configura como agente de retrocesso de direitos fundamentais injustificadamente à luz da Constituição²⁴⁸.

Como desenvolvido por Luís Roberto Barroso (2015), a política tradicional (leia-se processo eleitoral da Democracia representativa semidireta) prioriza a política majoritária conduzida por representantes que são eleitos por uma maioria e tal estado

²⁴⁷ O processo eleitoral é insuficiente, *per se*, para legitimar democraticamente o Legislativo *em todas as suas decisões e produções* no que tange à sua responsabilização, visto que muitas vezes promove apenas o reconhecimento formal de direitos iguais de participação (GASPARDO, 2018, p. 69). Além disso, é possível identificar no sistema político brasileiro que “por vezes, a população tem mais confiança na Corte Suprema do que em seus representantes políticos”. Isso se dá pelo fato da população (especialmente as minorias) ter encontrado nos últimos anos nos “julgamentos do Supremo a esperança de promover direitos e garantias, ocupando um espaço de atuação que deveria ser realizado por aqueles que o povo, legitimamente, colocou no poder para tomar as rédeas do país” (BRASIL; GOMES, 2016, p. 101).

²⁴⁸ Ainda que a tese reconheça a existência de interesses burgueses nas revoluções do século XVIII, ao menos como teoria jurídico-política, cabe reforçar que os movimentos revolucionários que lutaram contra o absolutismo, e que estabeleceram o princípio da separação dos poderes como um dos paradigmas do Estado (moderno) demarcado pela limitação do poder político, o fizeram também pela proteção das liberdades fundamentais (COSTA, 2014, p. 16). Pensar o papel das Cortes Constitucionais nesse processo de revisão constitucional envolve reconhecer uma influência teórica do constitucionalismo desenvolvido pela revolução de independência estadunidense e seus desenvolvimentos posteriores. Como destacado por Barbosa, o desenho institucional madisoniano inova na teoria democrática ao estabelecer a Suprema Corte dos EUA como Poder dotado de controle sobre os demais, pois “nenhum ato emanado do Executivo quanto do Legislativo, poderia ser contrário à Constituição”, superando-se assim o paradigma britânico onde vigorava o (e que ainda está presente) “princípio da Soberania do Parlamento” (BARBOSA, 2015, p. 66).

das coisas é elemento vital para a Democracia. Entretanto, a Democracia é muito mais do que uma mera expressão numérica de quantidade de votos, possuindo (para além desse aspecto puramente formal) uma dimensão substantiva que envolve “a preservação de valores e direitos fundamentais”, de modo que ambas as dimensões (formal e substantiva) agregam-se com uma terceira (a deliberativa) onde o debate público, argumentação e persuasão devem se fazer presentes para que se tenha (formada, portanto, por votos, direitos e razões) uma Democracia contemporânea (BARROSO, 2015, p. 25-26).

A consideração acima leva, necessariamente, ao reconhecimento de que a apreciação da jurisdição constitucional, como força limitadora e fiscalizadora em prol da supremacia constitucional, é legítima e serve como o bastião contra o abuso parlamentar sobre os grupos que estão mais vulneráveis ao poder majoritário e hegemônico. Nesse sentido, a expansão da função legislativa e o crescente volume de legislação sobrecarregam os parlamentares, ensejam leis ambíguas e vagas, o que prejudica a interpretação e aplicação destas, deixando nas mãos do intérprete (Estado-juiz) as escolhas políticas, além da considerável massa de leis sem qualquer utilidade que permanecem em vigor mesmo estando obsoletas.

O ativismo judicial acentuou-se em razão (mas não só) desses eventos, mas a falta de qualidade do Legislativo e a responsabilidade que cabe lhe cabe nesse processo não são consideradas pelos críticos do ativismo (RIBEIRO, 2000, p. 301). Existe, por assim dizer, uma crise de identidade do Parlamento, e isso reflete em uma produção legislativa problemática e afastada dos reais interesses da Democracia. O Parlamento não se constitui uma instituição infalível (nenhuma o é), de modo que é não apenas justo, mas necessário que possa ser controlado²⁴⁹. Não sem razão, se manifestou Montesquieu em *O Espírito das Leis* que “[p]ara que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (2006, p. 166).

A atividade legiferante no Brasil é feita sem uma preocupação científica de viabilidade e impacto, razão pela qual muitos direitos carecem de implementação, o que acaba exigindo uma complementação no caso concreto. Cabe reforçar que os direitos sociais, em regra, são promocionais, voltados ao futuro e que exigem sua gradual realização por meio da ativa e prolongada ação do Estado no tempo. Quando o juiz aplica as leis pertinentes ao caso não o faz procedendo de maneira estática, mas deve

²⁴⁹ Uma melhor abordagem sobre os mecanismos de controle de constitucionalidade se encontra na Parte III da presente tese.

fazê-lo com vistas à finalidade social da lei tendo em mente os programas prescritos (de maneira vaga) pelas referidas normas.

O fenômeno da “massificação” da produção legislativa gera cada vez mais conflitos decorrentes, destacadamente dos interesses difusos, homogêneos ou coletivos, e que devem ser tutelados e realizados. Considerando-se isso, não se pode negar um novo papel do juiz, do processo judicial e do Judiciário à luz dessas dinâmicas contemporâneas (RIBEIRO, 2000, p. 301). O chamado “ativismo judicial” seria, todavia, uma forma de o sistema jurídico encontrar um equilíbrio diante do descontrole do Legislativo e da teoria constitucional de compreender esse fenômeno, ainda que só seja aceitável enquanto exceção e em casos muito pontuais.

A dimensão democrática da questão impõe destacar a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, visto que a “proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”, assim incumbe ao STF a “condição institucional de guarda da Constituição” (o que acaba por lhe conferir “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional) devendo então, como Corte Constitucional, “desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria” visto que ninguém (nem grupos majoritários²⁵⁰) pode se sobrepor “à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado” (STF, 2011).

Apenas no Estado de Direito o Judiciário pode se impor como verdadeiro (e “independente”) Poder²⁵¹ e, acompanhando o florescimento da Democracia, assume uma dimensão de órgão de Estado com fins de equilibrar as forças e reduzir os conflitos “mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia”. Sem isso, “seremos forçados a voltar às formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História” (RIBEIRO, 2000, p. 304)²⁵².

²⁵⁰ E pode-se dizer mesmo que nem o Parlamento teria tal poder/prerrogativa para se sobrepor aos preceitos constitucionais (o que incluem seus princípios).

²⁵¹ Alguns autores, como Samuel Sales Fonteles (2019), entretanto, defendem que o Judiciário é o “poder” mais frágil, por não ter validade democrática (o que eles entendem como sinônimo de escolha nas urnas eleitorais). Segundo esses autores, o Judiciário ao “transcender” suas funções no ativismo chama para si um olhar crítico e uma crise política que, dado a entidade não ter força suficiente, poder ser suplantada.

²⁵² A questão é observar que os séculos XX e XXI demonstra(ra)m que a fórmula clássica (assumida como sendo democrática) pode oportunizar absurdos (e abusos) fascistas e totalitários. Os exemplos são fartos, mas para citar apenas dois: Hitler, na Alemanha (no século XX), Hugo Chavez na Venezuela (transição entre séculos XX e XXI), ambos amparados por uma máscara de legitimidade (LEVITSKY;

As democracias podem morrer não por golpes militares ou de Estado (mas não se descarta essa possibilidade), “mas pelos próprios governos eleitos” ao subverterem as instituições democráticas, começando nas urnas. É notável que a “via eleitoral para o colapso é perigosamente enganosa”, já que, nessa trilha, não acontecem movimentos drásticos visíveis (como atentados, suspensão ou abandono da Constituição), as “Constituições e as instituições nominalmente democráticas restam vigentes. As pessoas ainda votam. Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem sua essência” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 16-17)²⁵³.

O retrocesso e a queda de uma Democracia ocorrem “lenta e silenciosamente” ao contrário de momentos no passado onde isso se dava “de um só golpe, súbita e estrondosamente”. Hoje democracias vão caindo “peça a peça, suavemente” restringindo-se direitos, reduzindo-se a autonomia de um tribunal, com o *silenciamento* de mídias de oposição, entre outros. Esses fatos ocorrem de forma que “cada episódio parece não ter relevância, mas o processo cumulativo tem um efeito devastador de degradação da democracia” e com isso gerando a sua erosão democrática. Esse processo de erosão tem se espalhado pelo mundo e, ao usar “os mecanismos do regime democrático para subverter a própria democracia”, nesse sentido, “os populistas têm tido uma boa performance” (TEIXEIRA, 2018, p. 77). Esse fenômeno de erosão democrática aponta para a necessidade de guardiões da democracia e de se refletir qual é o papel dos poderes constituídos nesse processo²⁵⁴.

O constitucionalismo contemporâneo contribuiu para que os princípios positivados pudessem corroborar para uma superação desse paradigma. É preciso que a interpretação do arcabouço normativo (que no sistema judicial brasileiro têm se destacado no reconhecimento principiológico) tutele o Estado Democrático de Direito de distorções da verdadeira Democracia em prol de interesses inflamados junto às paixões populares²⁵⁵. Além disso, cabe a reflexão sobre o fato de que os obstáculos à cidadania e à Democracia que se colocam paulatinamente nas democracias

ZIBLATT, 2018). O Brasil experimentou algo parecido com o suposto “golpe democrático” militar (1964).

²⁵³ Os autores apontam para a figura do Chefe do Executivo, mas, em igual sentido, não se pode descartar que também o Parlamento possa fazê-lo, ou até o Judiciário por meio das Cortes Constitucionais, com o controle de significado da Constituição.

²⁵⁴ Conferir o Cap. X (Parte III).

²⁵⁵ A ordem democrática, nesse sentido, exige que se proteja a sociedade do potencial danoso de seus próprios preconceitos. Como destacado por Victor Hugo, em *Os Miseráveis*, “[d]evemos ter receio é de nós próprios! Os preconceitos e os vícios é que são os verdadeiros ladrões e os verdadeiros assassinos! Os maiores perigos são os que se acham dentro de nós mesmos. Que importa que a nossa cabeça ou a nossa bolsa esteja ameaçada? Não devemos temer senão o que nos ameaça a alma”.

contemporâneas possuem raízes profundas “nas condições materiais de existência, ou seja, na desigualdade econômica e social, a exclusão política e cultural e a violência como forma natural das relações econômicas e sociais”. É possível destacar que essa desigualdade se traduz em polarizações (privilégio de uns e carência de outros) constituindo um abismo que bloqueia a passagem dos direitos para a esfera universal na sociedade (CHAUI, 2005, p. 27)²⁵⁶.

Os direitos envolvem dupla dimensão no que tange aos *direitos e garantias fundamentais*: (i) como direitos declarados, propriamente ditos (na dimensão de direitos e liberdades), e representam, por si, certos bens jurídicos, permitindo a realização das pessoas e, em razão disso, são reconhecidos como de natureza principal no sistema jurídico; e (ii) como garantias, que se destinam a assegurar a fruição dos bens jurídicos (reconhecidos como direitos), servindo como garantias que se projetam pelo nexo que possuem com os direitos (por isso são reconhecidos como de natureza acessória) e para isso são estabelecidas no sistema jurídico. As garantias tornam os direitos efetivos e reais (BREGA FILHO, 2002, p. 67-69).

A dupla natureza dos direitos e garantias fundamentais incorrem sobre os Poderes Constituídos a obrigação de efetivação e instrumentalização dos direitos fundamentais do indivíduo, para que possa de fato fruir de uma vida digna. Quando o Legislativo – a quem primeiro compete esse exercício legítimo – queda-se silente ou se permite agente violador da liberdade do indivíduo a dinâmica constitucional atribui ao Judiciário *corrigir* esse desequilíbrio em *caráter excepcional* como mediação democrática²⁵⁷.

O sentido da *democratização* passou por alteração, não visando a criar instituições representativas majoritárias, mas na orientação de oportunizar e criar um

²⁵⁶ Outro aspecto importante ao se ponderar sobre a atual função das Cortes Constitucionais é se a sua atuação se dá, de fato, como reflexão jurídica (o Direito como Ciência), visto que nos últimos séculos ela (a Ciência) tem se concentrado, com quase exclusividade, na estrutura lógico-formal das normas e, ignorando seus fundamentos, afastou o conteúdo axiológico de suas considerações. As normas jurídicas, identificadas como força irresistível e obrigatória, passaram a ser analisadas pelos juristas apenas com exame da forma, excluindo-se conteúdos substanciais e o fim do direito, com receio de que o auxílio de outras ciências comprometesse o Direito como ciência autônoma. Isso acabou por estabelecer o Direito como um “corpo sem espírito, movido por um argumento formal de autoridade, que o afastava de sua realidade ontológica” (RAMOS, 2012, p.15-16).

²⁵⁷ O pensamento jurídico *neopositivista* afirma que o Direito tem origem nas suas fontes, como direito autofundado, que nasce em um processo legislativo (que apresenta os limites do que é lícito e ilícito dentro do seu próprio sistema) como critério de validação do sistema jurídico. A mediação democrática estabelece a soberania popular como legitimadora da Constituição, como fonte primordial e soberana, sob a qual devem se submeter todo o sistema jurídico e legislações infraconstitucionais. A Constituição é posta como critério de racionalidade do sistema jurídico (LUZ, 2015). É a vontade constitucional, e não do Parlamento, que deve ser a força motriz de realização e legitimação do Direito e das práticas no território nacional.

ambiente seguro para os direitos humano-fundamentais por meio de garantias institucionais. A dinâmica, portanto, tem como objetivo considerar as lutas históricas (de emancipação de grupos oprimidos e inclusão de grupos marginalizados) no processo de construção da Democracia global por meio dos Estados (com seus governos) e da Governança Mundial (por intermédio das entidades coletivas de direito internacional, como a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos, a Organização das Nações Unidas e os sistemas de proteção regionais de direitos humanos, entre outros) no sentido de institucionalizar a liberdade e a segurança, equidade e justiça, um justo padrão de vida, como garantias institucionais dos direitos fundamentais (ESTEVÃO, 2010).

A Democracia exige um sentido profundo de ação que elimine as estruturas que oprimem e dominem, também atuando para consagrar a humanidade das relações e nas estruturas de poder. Isso implica também em reinterpretar a Justiça, não podendo esta se limitar em ser “socioeconômica” ou “redistributiva”, ou mesmo apenas “cultural-simbólica” ou “de reconhecimento”. A reinterpretação da Justiça deve reconhecer-se como “representação política” ou “de participação”, que deve considerar ser uma injustiça a não-representação metapolítica, que ocorre quando grupos monopolizam o poder, impedindo que os de fora possam participar do processo de criação democrático (essa situação pode se dar no plano interno e/ou internacional). É importante considerar tanto a Democracia como os direitos humano-fundamentais (enquanto expressões de mútua influência) e pensar em mecanismos os quais privilegiem a educação e a conscientização da razão dessas lutas (de inclusão) como um campo privilegiado nesses contextos (ESTEVÃO, 2010).

Cabe sublinhar que a literatura reiteradas vezes remete ao “diálogo institucional” como uma alternativa, sendo essa uma expressão para uma forma de enxergar o processo constitucional. Conrado Hübner Mendes (2011) destaca que se tornou um costume pensar na separação dos poderes, mas em último grau estabelecer a Corte Constitucional como decisão final de guardião da Constituição, tendo o monopólio da última palavra no circuito decisório. Frisa uma crítica recorrente feita ao controle de constitucionalidade como uma prática de legitimidade democrática questionável por se originar de um órgão não eleito. Assim, a lógica por ele apontada é que um órgão não eleito teria prevalência sobre o Parlamento, este como sendo um “fórum que possuiria

um pedigree democrático mais evidente”, de modo a rechaçar essa possibilidade (MENDES, 2011, 249)²⁵⁸.

Além de tais observações, é preciso pontuar que o STF “não é uma instituição particularmente voltada à garantia de direitos fundamentais, diante da preponderância das demandas da Administração Pública”, visto que a Corte executa o controle concentrado e difuso, de modo que a postura tomada na ADPF 132 e ADI 4.277 se configura uma exceção quando se considera o quadro geral de atuação²⁵⁹. Além disso, não se apresentou uma decisão desafiadora do status quo e inovadora, *ex nihilo*, mas oportunamente já amparada pelo próprio Executivo, pela jurisprudência crescente da jurisdição ordinária (LIMA, 2017, p. 391).

Dotar a Corte Constitucional do monopólio da última palavra é uma das questões delicadas em uma sociedade democrática, especialmente dentro de uma cultura social e jurídica orientada a reduzir a Democracia ao procedimentalismo eleitoral. Uma vez que a Corte é formada por membros não eleitos, é demandado o estabelecimento de alguma(s) justificativa(s) que possa(m) ser sustentada(s) pela razão. Autores, como Fernando de Brito Alves e Vladimir Brega Filho, argumentam que, em comparação com o Judiciário, o Legislativo é dotado de legitimidade democrática, por meio das eleições, e que é controlado por elas, visto que os eleitores retirariam a legitimidade dos membros eleitos (caso não cumprissem as aspirações do eleitorado) quando no processo eleitoral seguinte votariam em outros candidatos ou não promoveriam a reeleição daquele(s) membro(s) do Parlamento. Assim, diferentemente, o Judiciário não está sob o crivo da opinião pública e sob mecanismos de controle popular, especialmente, considerando que os ministros do STF possuem cargos vitalícios ao serem escolhidos pelo presidente da república (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 130).

Considerando que uma das preocupações constantes da presente tese é a figura das *narrativas de backlash* como fenômeno referente ao impacto das decisões judiciais na sociedade com potenciais reflexos congressuais, é importante considerar as

²⁵⁸ Conforme análise de Hübner Mendes trata-se de um debate teórico onde a atribuição do monopólio da última palavra se prende ao que ele chama de “camisa-de-força binária”, visto que há duas grandes posições: uma defendendo essa atribuição ao Parlamento (que, segundo o autor, é “a instituição democrática por excelência” como fruto de um suposto consenso histórico), já outra posição coloca (por vários motivos) as Cortes como *locus* dessa decisão. Um ou outro ponto de vista trata-se de uma escolha, conforme o autor, escolha essa que carrega consigo a justificação de decidir e (dada a falibilidade das instituições) do “direito de errar por último” (MENDES, 2011, 249).

²⁵⁹ Para um maior aprofundamento sobre o comportamento do STF sugere-se a leitura de *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*, de Flávia Danielle Santiago Lima (2014).

contribuições da teoria estadunidense sobre Democracia, deliberação constitucional e sistema jurídico e político – que podem agregar às reflexões brasileiras.

Flávia Danielle Santiago Lima (2017a) acentua que as decisões judiciais, ao provocar reações congressuais, suscitam disputas ou cooperações quanto ao significado da constituição, ou seja, do processo de interpretação da vontade constitucional. Com base em J. Mitchel Pickell (2015), Lima aponta cinco categorias de respostas possíveis nesse binômio Corte e Congresso²⁶⁰: (i) ausência de resposta; (ii) o estatuto ou disposição avaliada na decisão da Corte é revogada e nenhuma proposta de substituição é apresentada; (iii) a lei ou disposição relevante é revogada e uma nova lei é aprovada; (iv) o estatuto é alterado para resolver a questão constitucional; e (v) a Constituição é emendada. Essas cinco respostas possíveis, bem como as respostas do Legislativo (em um contexto mais amplo/global) às decisões judiciais estão diretamente ligadas com o “debate entre supremacia judicial x supremacia parlamentar” partindo-se da existência de um “diálogo institucional”. Tais teorias dialógicas propõem que a interpretação constitucional sobre a última palavra sobre uma questão constitucional de um caso concreto deve incorporar uma discussão entre Legislativo e Judiciário (LIMA, 2017a, p. 384-385)²⁶¹.

Quem deve ser o titular da última palavra, a validação social das decisões e sobre quem titulariza a interpretação da Constituição não são questões pacíficas. A insegurança quanto ao espaço das minorias e dos grupos vulneráveis é intensificada quando se observa a maximização da regra majoritária como um axioma democrático. Conquistas das minorias e dos grupos vulneráveis impopulares, dentro da lógica tradicional de leitura da Democracia, sempre serão mal vistas pelas majorias que marginaliza(ra)m esses grupos. Para grupos conservadores reacionários, as minorias e os grupos vulneráveis não podem ocupar certos espaços e conquistar determinados direitos que comprometam o *status quo* estabelecido ou mesmo contradigam suas crenças fundamentalistas (que não precisam necessariamente ser religiosas).

Ao tempo em que se defende a importância de uma maior participação popular, se faz necessário pensar criticamente quais são as limitações e até que ponto as manifestações populares podem ser legítimas dentro de uma Democracia constitucional

²⁶⁰ Conforme a realidade político-institucional dos EUA.

²⁶¹ O regime democrático demanda a superação de uma acepção meramente formal para uma instância de realização das potencialidades humanas (individual e coletivamente) mediante a participação ativa nas matérias de interesse geral (TEIXEIRA, 2016, p. 17). Nesse sentido, mais do que um diálogo institucional a Democracia precisa pensar em meios de construir um diálogo com a sociedade.

substantiva, tal como foi sendo amadurecido no pensamento jurídico e político contemporâneo.

Lima (2017a) enfatiza que as teorias de escolha racional (“com enfoque na análise quantitativa da legislação posterior”) e as “perspectivas da separação entre os poderes” amparam reflexões sobre como cada um dos poderes considera os demais para a tomada de decisões em seus próprios processos decisórios. Isso significa dizer que ao tomar as suas próprias decisões, cada Poder considera como os outros irão reagir e com isso, por exemplo, as Cortes devem decidir “com atenção às possibilidades de que os congressistas aprovelem leis contrárias às decisões judiciais quando a maioria parlamentar discorda de seus termos” (LIMA, 2017a, p. 386).

Para conduzir essas reflexões, a teoria das narrativas do *Backlash* parece oferecer algumas luzes sobre a tensão entre participação popular e Democracia²⁶² (pois nem sempre a participação popular pode ser democrática, em sua essência), entre direitos de minorias e grupos vulneráveis reconhecidos via protagonismo judicial e teoria da separação dos poderes, entre outros. Desenvolvendo as análises nessa orientação encontra-se o próximo capítulo.

²⁶² Uma reflexão final quanto tais omissões e contradições presentes no ambiente democrático em sociedades cada vez mais plurais possa ser enriquecida com a teoria de Gustavo Zagrebelsky em sua proposta de “direito dúctil”. O autor observa que as sociedades plurais, dotadas de diversidade de grupos, interesses e projetos de vida distintos não devem admitir um projeto exclusivo e dominante que inviabilize a sobrevivência das demais. A percepção de uma unidade de soberania que conduza o processo decisório nesse sentido é necessária, ainda que (em razão do relativismo) e a ideia de um direito pré-determinado, tal coexistência jurídico-política pareça impossível é totalmente desejável. A Constituição passa, nas democracias pluralistas, a ser o norte determinante de um projeto de vida comum que permita que não haja um único valor ou princípio prevalente que inviabilize a pluralidade, todos os valores e projetos de vida são igualmente legítimos e demandam igual proteção. Uma decisão democraticamente orientada, seja ela emanada do Executivo, do Parlamento ou das Cortes não deveria obstaculizar as potencialidades de tensão e contradições das vontades políticas que são de desejáveis na prática para a construção de um significado constitucional positivo e diverso (Zagrebelsky, 2003). A teoria de Zagrebelsky do direito dúctil, todavia, não é recepcionada em sua totalidade por, por vezes, essa teoria aproximar-se do estabelecimento de uma soberania judicial acima do direito positivado e da própria constituição positivada com base em uma constitucional quase metafísica e isso fugir da perspectiva de equilíbrio e participação dialogada entre Poderes Constituídos e dialética social como forma de construção progressiva do significado da Constituição defendidos na presente tese.

Capítulo IV. EFEITO *BACKLASH* NA TEORIA DEMOCRÁTICA

Começas a distinguir que tipo de mundo estamos criando? E exatamente o contrário das estúpidas utopias hedonísticas que os antigos reformadores imaginavam. Um mundo de medo, traição e tormentos, um mundo de pisar ou ser pisado, um mundo que se tornará cada vez mais impiedoso, à medida que se refina. O progresso em nosso mundo será o progresso no sentido de maior dor. As velhas civilizações proclamavam-se fundadas no amor ou na justiça. A nossa funda-se no ódio. Em nosso mundo não haverá outras emoções além de medo, fúria, triunfo e autodegradação. Destruiremos tudo mais, tudo. Já estamos liquidando os hábitos de pensamento que sobreviveram de antes da Revolução (...) Não haverá riso, exceto o riso de vitória sobre o inimigo derrotado. Não haverá nem arte, nem literatura, nem ciência. Quando formos onipotentes, não teremos mais necessidade de ciência. (...) Não haverá curiosidade, nem fruição do processo da vida. Todos os prazeres concorrentes serão destruídos. (...) sempre haverá a embriaguez do poder, constantemente crescendo e constantemente se tornando mais sutil. Sempre, a todo momento, haverá o gozo da vitória, a sensação de pisar um inimigo inerte. Se queres uma imagem do futuro, pensa numa bota pisando um rosto humano, para sempre.

George Orwell, em 1984.

Uma contribuição necessária às leituras da teoria constitucional brasileira demanda reconhecer que o sistema jurídico nacional passa por um processo paulatino e constante do que se poderia chamar *sincretismo*, este influenciado por dois grandes modelos jurídicos: o europeu continental, representado pelos inegáveis fundamentos do *civil law*, e as assimilações da teoria do direito norte-americano (e, em alguma medida, do direito inglês), identificáveis pelos elementos do *common law* presentes na legislação e na construção jurisprudencial (a valorização dos precedentes e uma afirmação de legitimidade criativa do judiciário podem ser mencionados como exemplos²⁶³).

Além disso, Cynara Monteiro Mariano e Martono Mont’Alverne Lima indicam uma forte influência do sistema norte-americano na jurisdição constitucional brasileira²⁶⁴, especialmente por ser os EUA o nascedouro do controle de constitucionalidade de forma mais sistemática, compatibilizando legislação ordinária e

²⁶³ Nesse sentido, como se encontra na Parte III da presente tese, o Código de Processo Civil de 2015, pela vontade do Legislador brasileiro (e logo, portanto, da vontade popular) incluiu claramente tais elementos no sistema jurídico. A construção dos arcações de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal com poderes vinculantes não resulta de um processo auto referenciado (autopoietico) do Judiciário, mas lhe é atribuído pelo Parlamento. Não é exaustivo destacar que a leitura desse cenário implica no forçoso reconhecimento de que não se trata de usurpação de competências ou funções, mas de clara atribuição (no sentido não de delegação, mas de “compartilhamento”) de legitimidade democrática no processo de construção do Direito (e do Sistema Jurídico) como algo criativo e dinâmico.

²⁶⁴ Os autores mencionam que o *judicial review* do sistema estadunidense passou a despertar o interesse dos intelectuais brasileiros pela comparação estabelecida entre as atribuições e prerrogativas da Suprema Corte no controle de constitucionalidade e o Poder Moderador presente na Constituição Imperial de 1824 (Art. 98) que, com suas atribuições e prerrogativas era a “chave de toda a organização política”. Para os autores ambos poderiam ser encarados *acima dos poderes*, elemento político com competência para resolver conflitos e crises entre os poderes e, ainda, eram decisores com respostas definitivas sobre as questões apresentadas (MARIANO; LIMA, 2012, p. 178)

Constituição, especialmente com o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (em 1803) – o que consolidou a proposta (MARIANO; LIMA, 2012, p. 178).

O uso dos precedentes indica um sintoma da insuficiência de uma abordagem formal e simplificada da lei. No Brasil e em outros países que adotaram o sistema do *civil law*, a importância dos precedentes tem aumentado, de modo que as decisões das cortes são consideradas (às vezes, mais do que as normas legais emanadas do Parlamento) quando se trata de temas de como lidar com questões legais em um processo, ou quando alguém está refletindo sobre como resolver um problema de acordo com a Lei. Não se trata de um assunto de fácil tratamento, especialmente, por não ser determinada a importância e a posição hierárquica do precedente perante uma norma legal por parte do tribunal que a produziu.

O conflito de duas regras (regras incompatíveis) implica a compreensão que a regra superior precede a inferior, se tiverem o mesmo nível hierárquico a regra posterior derroga a anterior. O precedente não está amparado nessa lógica de aplicação. O direito norte-americano está repleto de precedentes (como o caso *Marbury vs. Madison*) que são mais importantes que normas novas, não justificando que os precedentes sejam reformados ou revistos. A análise do caso concreto depende dos argumentos utilizados na fundamentação (razão) de cada decisão e em outros fatores, no sentido que uma abordagem simplificada (e simplista) seria insuficiente para lidar com situações complexas (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 182)²⁶⁵.

O destaque dado aos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 revela o interesse do Legislador (do Parlamento brasileiro) em aproximar os sistemas do *civil law* e do *common law*, gerando (em um processo que está se construindo) de hibridização dos dois modelos, formulando uma realidade sistêmica muito particular do

²⁶⁵ No original “[...] the use of precedents, as the fourth example of the insufficiency of a formal and simplified approach to the law. In Brazil, as in many other countries that adopt the *civil law* systems, the importance of legal precedents is increasing. The decisions of courts are considered, sometimes more than the legal norms enacted by parliament, when someone is thinking of how to deal with a given legal issue, or when someone is studying how to solve a problem according to the law. It is not easy, nevertheless, to deal with precedents, since the importance of one precedent is not determined – as the importance and the hierarchical position of a legal rule are determined – by the authority of the court that ruled it, or by the time when it was delivered. If two rules are incompatible, the upper takes precedence over the lower. Or if they are of the same hierarchical level, the latest takes precedence over the older one. The same thing does not happen with precedents. A very old one, e.g., *Marbury vs. Madison*, can be more important than a very new one, justifying the reform or the revision of the latter. It depends on the arguments used in the reasons on each decision, and on many other factors, which the simplified approach cannot deal with.”

Brasil. Essa realidade reforça a importância de se construir uma teoria (ou ao menos uma análise) propriamente brasileira²⁶⁶.

Um aspecto relevante a ser realçado é que o regime de precedentes legais indica (ou mesmo confirma) que o sistema legal e outros a ele conectados, como o sistema econômico, político, entre outros, operam como um organismo vivo ou complexo (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 182)²⁶⁷.

A lógica do precedente obrigatório, ainda que não seja um mecanismo de plena segurança quanto à irretroabilidade de um posicionamento²⁶⁸, se constitui como importante ferramenta de estabilização de um dado sistema jurídico, bem como da segurança jurídica quanto à interpretação constitucional apresentada em uma determinada demanda. A partir disso, Marinoni (2018) expõe o precedente obrigatório como uma obrigação de conduta para o Judiciário que é compelido a decidir segundo os precedentes sob pena, de, ao não o fazer, trazer para si o dever de “justificar com precisão as razões da distinção” ou cometer ilegalidade e desafiando a coerência do Direito, da segurança jurídica e da igualdade.

Conforme apontado por Marinoni (2018), o STF está obrigado a seguir os próprios precedentes criados quando não for o caso de hipóteses de distinção ou de revogação. Pode-se extrair das ponderações de Marinoni que não se pode *relitigar* uma questão já decidida com força de coisa julgada, inibindo o vencido, de modo que o precedente auxiliará casos futuros ao constranger e limitar novas discussões idênticas “vedando a rediscussão e excluindo a possibilidade de redecisão”. Nesse sentido, “seria possível dizer que a parte do novo caso também fica proibida de discutir a questão delineada no precedente, assim como o juiz de redecidi-la”, constituindo o precedente como o Direito em sua visão mais elaborada, ou mesmo como “fórmula reveladora da

²⁶⁶ Essa contribuição efetivamente não pode se dar de forma apartada de uma análise comparada (mesmo que pontual) da teoria constitucional norte-americana, destacadamente por ser uma referência salutar do efeito *backlash* nas decisões sobre discordâncias morais nas arenas judiciais das cortes constitucionais (a partir de uma hermenêutica e uma teoria da decisão) em perspectiva da construção ocidental *eurofundamentada* do *civil law* em um ambiente democrático. A abordagem sobre essa temática se encontra na Parte III da presente tese.

²⁶⁷ No original: “Legal precedents may confirm, on the other hand, that a legal system, and the other systems connected to it (economic, political etc.) operate as a living being, or as any other complex system.”

²⁶⁸ Como a presente tese indica, as teorias das narrativas de *Backlash* desenvolvidas nos EUA apontam sempre o exemplo da interpretação inicial dada pela Suprema Corte quanto à inconstitucionalidade da pena de morte e, diante da repercussão social e institucional do caso, que foi novamente apreciada que, em um segundo momento, reconheceu a constitucionalidade da pena de morte dentro de determinados critérios.

coparticipação do Judiciário no fenômeno de frutificação do [D]ireito” (MARINONI, 2018, p. 503).

Na questão do reconhecimento ao direito de constituição familiar entre pessoas do mesmo sexo (pelo reconhecimento da constitucionalidade da união estável homoafetiva), o STF estabelece um entendimento racional de um avançado estágio civilizatório e progressista do desenvolvimento do pensamento jurídico. Para Marinoni (2018), ao tratar de precedentes firmados pela Suprema Corte, é exercida uma “função precípua de atribuição de sentido e de desenvolvimento do [D]ireito”, não cabendo rediscussão e sim apenas a aplicação dos casos concretos. Nesse sentido, o autor ressalva a necessidade de não se pretender “equiparar a proibição de relitigação de questão decidida”²⁶⁹ com a “impossibilidade de rediscussão do direito já delineado em precedente da Suprema Corte” (MARINONI, 2018, p. 503).

A questão dos precedentes, todavia, não deve ser considerada como mecanismo de engessamento das transformações jurídicas, mas sim como ferramenta de estabilidade, já que a *démarche* do Constitucionalismo Democrático, que reconhece a necessidade de uma leitura substantiva dos princípios republicanos (liberdade, igualdade, fraternidade/solidariedade), se orienta pela possibilidade da transformação dialética da sociedade e do próprio sistema jurídico. Como sublinhado por Silva (2014), o preconceito quanto às uniões entre pessoas do mesmo sexo foi objeto de transformação, de modo que é identificável a forma como o reconhecimento dos casais homossexuais hoje é maior, ainda que não seja possível dizer que o preconceito e a discriminação acabaram. O precedente de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva se constituiu como uma superação interpretativa anterior que negava tal direito com base no artigo 1.723 do Código Civil. O STF, em 2011, utilizou-se da interpretação conforme a Constituição para conferir “de forma clara a percepção de mutação social do conceito de família” (SILVA, 2014, p. 103).

A reflexão sobre os efeitos do sistema de precedentes deve considerar certo lapso temporal. Machado Segundo (2017) faz uso de uma analogia válida, considerando que um determinado medicamento, ainda que seja desenvolvido com propósitos benéficos (como tratar doenças do coração) baseando-se nos conhecimentos prévios do organismo, tem seus efeitos (funcionamento) previamente estabelecidos (em um plano teórico por assim dizer), mas apenas após a passagem do tempo e a realização de testes

²⁶⁹ Visto ter recebido o “manto da coisa julgada”.

(em animais e humanos) os efeitos colaterais (potencialmente previstos ou não) podem ser determinados e conhecidos. Em relação aos precedentes, é possível pensar em efeitos colaterais, os quais podem ser chamados como reação (ou *backlash*) popular e/ou institucional a respeito de uma questão controvertida decidida por um tribunal²⁷⁰ (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 182-183).

Essa reação pode resultar, entre outras coisas, na promulgação de lei (por parte do Congresso) que prescreva (legitimando/legalizando) o que foi considerado ilegal pelo tribunal, positivando o contrário do constructo decisório, como no caso *Fruman v. Georgia* (1972) em que a Suprema Corte estadunidense analisando o caso que versava sobre a pena de morte posicionou-se no sentido de que esta era inconstitucional. Tal decisão provocou uma reação do grupo conservador que, em protesto à decisão, articulou-se social e politicamente contrária à decisão liberal, e no processo eleitoral seguinte ocupou cadeiras no Congresso o suficiente para expandir legalmente (via processo legislativo, positivação normativa, produção parlamentar) as circunstâncias nas quais a pena de morte poderia ser aplicada.

O efeito foi tamanho que, em momento posterior (1976), a Suprema Corte reviu seu posicionamento e decidiu que, observados requisitos previamente estabelecidos, a pena de morte seria constitucional. Esse *backlash* resultou em um engessamento maior na luta contra a pena de morte, criando uma situação normativa ainda mais severa do que antes da decisão progressista. Isso não pode significar, entretanto, que os tribunais não devem decidir sobre questões polêmicas, mas que é preciso considerar os fatores/resultados reflexos (colaterais) potenciais das decisões, ou ao menos deve ser um elemento não ignorado nas pesquisas sobre o tema (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 182-183)²⁷¹.

²⁷⁰ O efeito *backlash* não é exclusivamente uma reação ou resposta a decisões judiciais (Estado Juiz), podendo ser uma reação à outros formatos de decisão estatal (oriundas tanto do Executivo quanto do Legislativo), ou também de entidades não estatais (como por exemplo uma resposta social e/ou institucional à alguma prática ou situação oriunda da iniciativa privada). O ponto 4.1 proporciona uma explicação mais extensa dessas diferentes possibilidades. Aqui e no decorrer da tese, por certo, oferece-se um destaque maior para o *backlash* diante de decisões estatais, principalmente judiciais, considerando-se o escopo proposto de análise.

²⁷¹ No original, referindo-se aos dois parágrafos: “If a laboratory is doing research with a new drug, and the objective is to treat heart disease, the previous knowledge of the researchers about the human organism can give some clues as to how the drug is going to work or operate. But only after many experiments and tests on animals, and even on humans, all the effects, and especially side or collateral effects that were not predicted, will be known. What happened to Viagra is an emblematic example of this, due to the complexity of the human organism. For the very same reason, many economists can explain a crisis after it has happened (Taleb, 2011). Regarding precedents, there is even something similar to a collateral effect, called *backlash*, that happens when a court decides a polemical question and the effects is that the Congress then enacts laws prescribing more intensively what was considered illegal by

A questão envolve um aspecto muito caro para essa análise, como destacado, que é o tema da soberania popular, a vontade popular e a própria concepção da existência de um povo como sujeito político. Cabe refletir quem é esse povo e como ele pode(ria) manifestar sua vontade ou autoridade, ou se é possível separar a soberania que dá origem ao poder político da concepção de soberania do povo para exercer seu poder político. Com aspectos político e sociológico o, assim chamado, “poder do povo” se estabelece como regime de autoridade específico (a soberania popular funda essa autoridade), ao tempo que determina ser o povo soberano quem possui aptidão para *titularizar* o exercício dessa autoridade (ROSA, 2017, p. 17).

Assim, se o povo origina o poder político e lhe atribui legitimidade, qual é o limite para que esse mesmo povo possa intervir nesse poder político constituído com seu próprio exercício soberano? Existe limite? Se há, supostamente, uma legitimidade *a priori* a intervenção posterior poderia comprometer a estabilidade, a confiabilidade e a segurança jurídica oriunda desses poderes constituídos. Para evitar essa situação o povo soberano deveria estar sujeito a limites no exercício de sua autoridade, estabelecidos pelo próprio exercício soberano do povo.

A análise desse fenômeno, especialmente, considerando os riscos que sua legitimação irrestrita pode oferecer no processo histórico de construção e reconhecimento dos direitos humano-fundamentais, não deve ser feita unicamente pelo viés jurídico (ainda que, para fins da presente tese exista uma destacada atenção sobre esse viés), mas precisa considerar uma análise lúcida do comportamento social como espécie que vive uma realidade de contradições. Nesse sentido, é preciso estar atento à *hiperconexão* que se produziu como consequência da socialização da revolução técnico-científica, o que incrementou essa complexidade nos processos de relação social de forma nunca vista. Tecnologia e sua socialização geraram tensões e divisões sociais nas estruturas etológicas²⁷² e culturais; com isso, dicotomias históricas continuam, a

the court, leading to the opposite effect (Krieger, 2000). As an example, when the United States Supreme Court decided that the death penalty was unconstitutional (Furman v. Georgia, in 1972), it caused a reaction from the conservative group, that protested against the liberal decision and, at the next election won seats in Congress sufficient to expand the circumstances in which the death penalty could be applied (Marmelstein, 2015). After this, in 1976, the Supreme Court revised its point of view and decided that, if certain conditions were met, the death penalty could be constitutional. This collateral effect of the first decision made the cause against death penalty more difficult than before Furman v. Georgia. This does not mean that courts should not decide or rule on polemical issues, but means that there are many different factors that influence the enforcement of law, and that these factors are supposed to be considered, or at least the researcher should try.”

²⁷² Etologia é a ciência que estuda, sob o ponto de vista biológico, o comportamento, hábitos, costumes e similares. É uma ciência ainda pouco trabalhada em investigações jurídicas.

despeito do progresso. É preciso trabalhar na perspectiva de gerar uma nova consciência crítica, em uma evolução responsável e consciente superando a sociedade da ignorância que se tem vivenciado (CARBONELL, 2009, p. 7-8).

Sendo a sociedade brasileira plural, o dissenso quanto a temas socialmente relevantes se torna cada vez mais latente. Em um processo de construção de identidade democrática, a presença de embates ideológicos e de interesses deve ser encarada como algo natural e desejável. Nesses enfrentamentos, os direitos são consolidados, a exclusão de indivíduos e grupos passa a ser questionada e a dialética desse processo, ao menos em tese, constrói um canal saudável de reafirmação da Democracia como uma construção coletiva (de indivíduos e instituições). Com a configuração de espaços oficiais e oficiosos de discussão (ALVES, 2009), se a arena política (Parlamento) se mostra injustamente resistente, as minorias e os grupos prejudicados devem buscar a realização da Democracia por outros meios os quais, direta e indiretamente, promovem debates sociais (como as Cortes).

Algumas vozes se levantam, colocando em questionamento esse ambiente de dissenso, soando como se a contestação de posicionamentos hegemônicos fosse algo negativo sob tais leituras de Democracia. Atribuir uma qualificação negativa no questionamento de verdades (im)postas em uma determinada sociedade parece ser um contrassenso, como se a divergência fosse um “mal social”²⁷³.

O ambiente democrático, em que opiniões divergentes podem se colocar livremente no debate, é um *locus* onde “as frações sociais disputam entre si a interpretação constitucional que deverá prevalecer” e, por isso, “travam uma batalha

²⁷³ Não que tenha sido essa a intenção de Samuel Sales Fonteles em sua introdução da obra *Direito e Backlash* (2019), mas há um destaque recorrente associando o questionamento com fissura cultural e polarização. O autor afirma que o Brasil do século XXI está marcado como uma sociedade fragmentada e heterogênea, onde “o relativismo cultural transformou uma sociedade total em uma sociedade plural, esfacelando consensos até então hegemônicos” (2018, p. 17). Divergindo do autor, essa tese reconhece que nunca existiu, de fato, uma *sociedade total* no Brasil, sendo obviamente uma leitura limitada de um discurso hegemônico (im)posto por uma elite cultural e política. O Brasil, desde sua colonização, foi marcado por choques de culturas, minimizados num processo histórico de construção de uma narrativa romântica de harmonia racial e social que não encontra paralelos com a realidade. São mais de quinhentos anos de história de culturas indígenas (nativas), negras (imigração forçada), europeias e orientais (imigrações voluntárias) que construíram a sociedade brasileira como uma colcha de retalhos, costurada com uma camada de *invisibilização* desses contrastes (continuando a singela metáfora da colcha de retalhos) como se um tecido fosse costurado por cima da colcha passando a impressão de uma peça única e harmônica com a negação do dissenso. É preciso reconhecer que esse tipo de afirmação que a sociedade brasileira deixou de ser uma sociedade total não procede. Ela sempre foi plural, mas essa pluralidade foi silenciada pelo domínio hegemônico sobre os demais. A democratização, os movimentos políticos dos grupos minoritários e a positivação (via legislativa ou judicial) dos direitos dessas minorias permitiram que essas vozes silenciadas pudessem se colocar no debate gerando insatisfação e resistência de grupos e opiniões beneficiadas pelo *status quo*.

para atribuir o significado da Constituição”. Nesse cenário “surtem os chamados desacordos morais, divergências cuja resolução é sempre desafiadora”. Tais desacordos morais podem ser solucionados de múltiplas maneiras: (i) por meio de votação (plebiscito ou referendo); (ii) por positividade legislativa (pela elaboração de leis sobre o desacordo); (iii) por positividade judicial²⁷⁴ (por meio da decisão de cortes constitucionais) cada qual com suas consequências (FONTELES, 2019, p. 17-18).

A sociedade brasileira e seu sistema jurídico (seu Direito) se encontram em um momento de destacada tensão, ou com uma *aparente* crise²⁷⁵ de fundamentos legitimadores. Nesses momentos de inquietude (aplicando-se a analogia biológica de crise), encontram-se as situações de possibilidade superação do estado de fragilidade (doença, desequilíbrio) e o estabelecimento de uma condição fortalecida de existência. O efeito *backlash*, ainda que não seja um elemento constante na sociedade brasileira (não em seus sintomas mais significativos²⁷⁶), deve ser pensado numa lógica reflexiva de teorização sobre o tempo presente²⁷⁷.

Vanice Regina Lírio do Valle (2013, p. 05) destaca a necessidade de uma “avaliação de uma bondade ou maldade intrínseca do fenômeno do *backlash*; do que ele pode significar politicamente, e dos mecanismos preventivos dessa reação” para adoção pelo Judiciário. É possível ir além, e pensar que esse potencial ambíguo da narrativa do *backlash* deve ser analisado à luz de seus impactos substancialmente democráticos e de sua utilização política e ideológica por parte de grupos hegemônicos, como forma de

²⁷⁴ Vale esclarecer que o autor em questão não usa a expressão “positividade” para os meios de solução legislativa e judicial (até por, aparentemente, não reconhecer a possibilidade da força criativa do judiciário).

²⁷⁵ Não se acredita que exista, de fato, uma crise de legitimidade do sistema jurídico, ainda que seja inegável a existência de aspectos de necessária revisão e (re)fundamentação dos institutos, instituições e leituras teóricas a partir da realidade. O sistema jurídico brasileiro, com as ressalvas sobre problemas pontuais de abusos em alguns casos, apresenta uma legitimidade centrada na positividade de direitos fundamentais de garantia e promoção da dignidade da pessoa humana e, a partir daí, no estabelecimento de correlações necessárias entre esses dois elementos (positividade de garantias e dos próprios direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana) como nucleares da concepção democrática. Essa construção humanista está consoante com a lógica democrática ancorada nos direitos humanos e no progresso civilizatório da sociedade.

²⁷⁶ Como perspectiva objetiva de análise a presente tese adota, em alguma medida, o catálogo de exteriorizações formulado por Samuel Sales Fonteles (2019), que considera os efeitos colaterais do *backlash* oriundo de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal.

²⁷⁷ Como colocado, algumas análises teóricas envolvendo decisões e seus efeitos (que podem ou não envolver o *Backlash*) demandam tempo, pois muitos reflexos serão visíveis apenas à longo prazo, chegando a receber a afirmação de alguns autores que podem reverberar por décadas ou séculos. Entretanto, a tutela de direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana não podem esperar o lento processo da história para se ponderar consequências e, a partir delas, medidas saneadoras ou corretivas. Como pontuado na presente tese, a discussão envolve pessoas marginalizadas (social e juridicamente) e que esperam na realidade, dentro do tempo presente, que o Direito possa oferecer respostas (pro)ativas e efetivas.

legitimar uma perversa leitura limitada da Democracia, em prol de seus próprios interesses. Dito de outra forma, é preciso pensar como a narrativa de *backlash* pode legitimar ataques aos direitos conquistados pelas minorias e pelos grupos vulneráveis no âmbito judicial (e destacadamente das Cortes Constitucionais) sob o argumento da regra majoritária de uma democracia participativa radical.

O campo semântico do termo *backlash*²⁷⁸ já esteve “relacionado com a contrarreação do açoite utilizado contra os escravos, ou com a reação de máquinas”. Contemporaneamente, o termo se presta, na esfera pública e nas análises jurídicas, como designativo de reações negativas e até mesmo violentas em relação às “condutas, omissões ou decisões, sobretudo de autoridades públicas, mas que pode ser aplicado a pessoas privadas também” (CHUERI; MACEDO, 2018, p. 126)²⁷⁹.

A contemporaneidade apresenta desafios, riscos e problemas que não encontram paralelos na história, gerando questionamentos ligados ao Direito como elemento com clara implicação na realidade e no cotidiano. As crises²⁸⁰ (sejam elas econômicas, políticas ou sociais) são hoje compartilhadas (obviamente em diferentes proporções) pela comunidade internacional, sendo possível perceber que há uma cobrança quanto aos resultados do desenvolvimento no sentido de que deve haver uma melhor distribuição dos benefícios da globalização.

As instituições políticas globais ainda apresentam pouca liderança (que seja de fato consistente) para que o protecionismo possa ser efetivado e não se configure como uma estética volátil e pontual sobre elementos econômicos (ESTEVÃO, 2010). Essa insegurança em nível global, ao colocar as entidades nacionais e internacionais sob crítica e suspeita, questionando sua capacidade de proteger os direitos e garantias construídos pela comunidade global refletem na sensação de falta de referenciais na sociedade. Essa fragilidade das instituições, das metanarrativas e dos grandes discursos

²⁷⁸ A expressão “backlash”, como se observa, quer significar então uma reação, uma contrarreação, um refluxo, uma resposta. Ainda que essa pesquisa tenha tido contato com o uso das expressões “efeito reflexo” e “efeito ricochete” parece ser inadequado o uso de ambas, pois sugere em alguma medida que se trata de um movimento de resposta natural, coisa que o “backlash” não é.

²⁷⁹ Ainda que se entenda possível a ocorrência de *backlash* para condutas, omissões ou decisões de pessoas privadas, a presente tese não se debruça sobre essas possibilidades em razão de que isso (i) fugiria da perspectiva metodológica adotada em razão de um aspecto relativo à Democracia, participação popular e Constitucionalismo Democrático; (ii) necessitaria de uma abordagem substancial de teorias da economia comportamental que não caberiam na tese aqui apresentada; e (iii) essa análise será desenvolvida em uma pesquisa própria relacionado ao mercado, *Pink Money* e o risco de *backlash* nas relações de consumo consciente.

²⁸⁰ Por crise aqui se deve entender como momento de contestação das instituições e dos paradigmas socialmente constituídos, ou seja, se trata de uma situação de forte tensão, visando a denunciar a falência das instituições ou a necessidade de ruptura das mesmas, servindo como um momento de superação.

justificadores torna a pós-modernidade ambiente fértil para intensificação de antagonismos sociais e polarizações. O cenário de instabilidade é propício para o levante de discursos conservadores e retrógrados os quais podem ser manipulados por determinados grupos politicamente articulados gerando sintomas de *backlash*²⁸¹.

A Democracia não pode ser afastada de uma perspectiva ética (posto ser um espaço construído e legitimado no Ocidente dentro de uma perspectiva jurídica e o Direito demanda sua própria legitimidade como um máximo ético), sendo possível acompanhar o pensamento de Axel Honneth quando afirma que a existência da liberdade social depende que se lhe ofereçam condições para que os sujeitos possam, de forma recíproca e complementar, compartilhar suas normas de ação como base. Logo, segundo o autor, esse compartilhamento (quando ético) não incorreria em “risco de uma rigidificação passiva numa única compreensão da liberdade” (HONNETH, 2015, p. 126).

Em uma perspectiva similar, Fernando de Brito Alves coloca que a Democracia, por ser um direito fundamental, tem o potencial de subverter a lógica de classificação dos direitos, de modo a permitir que sociedades que se constituam como democracias reais alcancem a experiência em “arranjos equânimes entre igualdade e liberdade” (ALVES, 2013, p. 117).

Seria possível pensar que não existe Democracia real sem que coexistam a liberdade de participação e a igualdade de oportunidade inclusive de igualdade no exercício de liberdade para que a Democracia seja mantida com estabilidade. Logo, a participação democrática que inviabilize o igual acesso aos direitos humano-fundamentais (como o direito de constituir família) é contrária a uma Democracia real e substantiva, ainda que com os vernizes de procedimentos formais e da regra majoritária.

4.1. Efeito *Backlash*: o resultado de reação social e o Parlamento como agente do “Vox Populi”

A relação entre Democracia e Constitucionalismo é de tensão, o que tem se intensificado pela adoção progressiva dos movimentos sociais por meio de um discurso jurídico como reforço argumentativo na judicialização estratégica de demandas.

Alessandra Prezepiorski Lemos (2016, p. 60) aponta que, em razão disso, o fenômeno *backlash* recebe mais destaque nas discussões acadêmicas graças ao seu

²⁸¹ O Capítulo VIII (Parte II) da presente tese faz uma análise da pós-modernidade e a realidade de instabilidade atual como potencializador de *backlashes* conservadores e com foco no retrocesso civilizatório.

potencial problematizador dessa relação de tensão, “especialmente através da análise da dinâmica estabelecida entre Direito, movimentos sociais e mudanças sociais”. A *narrativa do backlash*, em regra, se configura como uma “proposição de que a litigância em matéria de direitos de minoria causa mais malefícios do que benefícios na busca por transformação social”, destacadamente como um argumento contrário à judicialização da política por parte dos movimentos sociais.

Para Lemos, o movimento LGBTQ+ norte-americano, ao lutar pelo reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, aprendeu a internalizar essa narrativa não como um impeditivo de atuação, mas como forma de evitar sua ocorrência (ou diminuir a intensidade) e como meio de fortalecer o uso de litígios estratégicos (2016, p. 60).

O *backlash* pode se dar em diversos cenários e contextos, sendo importante conhecer os elementos caracterizadores e compreender que se trata de um fenômeno muito amplo e complexo. Em sociedades plurais, as quais possuem vontades e posições igualmente plurais, qualquer postura emanada de sujeitos com alguma prospecção social irá, invariavelmente, desagradar algum indivíduo, grupos de indivíduos ou coletividades. É preciso entender que o mero dissabor ou a discordância não podem ser enquadrados como um caso de *backlash*. O fenômeno é caracterizado por uma necessária articulação coletiva ou institucional (como sujeitos coletivos).

Lemos coloca a adoção dos termos “hipótese do *backlash*”, “tese do *backlash*” ou ainda “narrativa do *backlash*” para tratar dessa discussão envolvendo decisão e reação (2016, p. 61). Segundo Katia Kozicki (2015, p. 193-194), *backlash* pode ser traduzido como “reação, resposta contrária, repercussão”. Na teoria constitucional, tem sido recebida a significação de uma “reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais”, de modo que a sociedade questiona(ria) essa interpretação conferida pelas Cortes Constitucionais.

Kozicki aponta que particularmente no Brasil as reflexões sobre o tema têm se dado quanto às decisões do STF no exercício do controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), entendendo a autora que tal engajamento, nesse sentido, “não é apenas legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático” (KOZICKI, 2015, p. 193-194).

Para Vanice Regina Lírio do Valle, o fenômeno “tem como significado primário um súbito e intenso movimento de reação, em resposta a uma mudança igualmente brusca na trajetória do movimento” (2013, p. 05) oferecendo maior realce para o

aspecto reativo do *backlash*, por entendê-lo como reação popular mais significativa quanto ao que foi decidido em sede de *judicial review*, seja ou não coadjuvada por instâncias políticas (VALLE, 2013, p. 03).

Existem pesquisas indicando a possibilidade de sua ocorrência em diversos aspectos analisando episódios de *backlashes* (ou seja, retrocessos) em diferentes situações, incluindo aspectos não diretamente jurídicos²⁸². Como destacado por Valle, preocupada com uma eventual transposição de uma carga semântica equivocada para o Direito partindo de uma perspectiva etimológica na tradução do termo, o prefixo *back* não deve implicar, necessariamente, uma “ideia de regresso ou retrocesso” (como é identificável em precedentes que envolvem o fenômeno), partindo da ideia que deve significar “a reação em sinal contrário, em sentido inverso” à mudanças bruscas no *status quo* que gera, como efeito reflexo, uma “reação igualmente brusca, em direção contrária” (VALLE, 2013, p. 06)

Uma abordagem sobre o fenômeno de *backlash* foi desenvolvido no Brasil também por pesquisas não jurídicas. Considerando se tratar de um efeito multifacetado, é observável que se manifesta como retaliação em diversas formas, sejam jurídicas, sociais, discursivas, entre outras²⁸³. Elaine Cristina Silva Fonseca, por exemplo, aponta para a possibilidade da ocorrência de *backlash* na mídia brasileira, inspirada em Susan Faludi que identificou e denunciou (no contexto norte-americano) “todo um discurso conservador, de mensagens antifeministas em diferenciados tipos de mídias” como resposta “relacionada às mudanças e conquistas feministas que ocorreram, principalmente, nas últimas décadas” (2016, p. 10). A pesquisa de ambas permite identificar que o *backlash* é um fenômeno possível de ser analisado sob a ótica do discurso e das narrativas²⁸⁴.

²⁸² Considerando a complexidade e dimensão que os sintomas de *backlash* podem provocar seria temerário afirmar que não haveria interesse jurídico. O *backlash* pode representar críticas de mídias ou personalidades que se posicionam contrárias ao fato gerador das reações, indo a situações que ameacem diretamente os direitos e garantias fundamentais, o que implica ser relevante passar o fenômeno pelo crivo analítico do Direito para que os bens jurídicos não sejam ameaçados ou lesionados.

²⁸³ Considerando que a principal arena em que tais conquistas e direitos são reconhecidos é na seara jurídica e de forma muito especial no contexto das Cortes (Judiciário), trata-se de um tema muito importante para a Ciência Jurídica por provocar a necessária reflexão sobre as consequências da decisão judicial além de sua função pedagógica para o processo civilizatório.

²⁸⁴ Assim, considerações a partir dessas análises mostram-se relevantes também para o Direito e para a proteção das minorias. Obviamente, não seria o caso de se “judicializar” a Arte ou as manifestações artísticas ou mesmo mídias como uma espécie de censura, mas, antes e para além disso, a proposta é permitir que essas minorias possam identificar os diferentes discursos presentes nessas narrativas e possam (re)considerá-las em suas dimensões subjetivas e minimizar (ou bloquear) os efeitos que os discursos de infelicidade e com propostas de domesticação possam exercer sobre eles. Por certo, não se pode negar a necessidade de regulação do Direito para abusos possíveis, quando as narrativas de alguma

As reflexões jurídicas se dividem especialmente, entretanto, na análise sobre os resultados de *backlashes* sobre atos do Legislativo (ainda que ocorra em menor grau ou tenha menor atenção dos pesquisadores) e do Judiciário no julgamento de questões socialmente polêmicas. Uma possibilidade válida sobre a ocorrência de *backlash* diante de decisão (ou decisões) do Legislativo envolve a produção legislativa de leis e direitos progressistas que não estejam bem sedimentados na sociedade, ou que, de alguma forma, gerem um ônus não reconhecido como legítimo pelos indivíduos. Assim, o *backlash* pode ser uma reação social ou institucional à promulgação/aprovação de uma legislação.

Sobre essa dimensão de *backlash*, cabe mencionar a pesquisa de Linda Hamilton Krieger, que tratou do tema em seu artigo *Afterword: Socio-Legal Backlash*. A autora comenta a respeito do efeito em análise como uma reação contrária por parte de setores da sociedade (curiosamente²⁸⁵ no caso) aos avanços legislativos que não acompanharam a compreensão social das demandas de minorias e grupos vulneráveis (no caso da análise feita pela autora seriam os direitos das pessoas com deficiência conquistados no *Americans with Disabilities Act*). Com base na definição presente no *The Webster's Third New International Dictionary*, Linda H. Krieger explica que o termo *backlash* se origina em uma expressão da pescaria, como uma ocorrência quando a linha de pesca “emaranha-se” por ter encoberto a si, sugerindo com essa metáfora que o *backlash* representa um processo ou mecanismo que ficou muito à frente de outro, que deveria o preceder (2000, p. 476).

Assim, Linda Hamilton Krieger (2000, p. 477) apresenta o *backlash* como uma proposição nova dentro de um sistema legal com o propósito de gerar uma mudança social e no sistema de normas existentes, mas que gera uma reação contrária divergente motivada por segmentos relevantes e influentes da população que ainda mantêm forte lealdade ao modelo anterior (ou tradicional). Krieger ressalta a importância de se evitar o *backlash* ou estar preparado para o efeito quando este surgir, requerendo cuidadosa atenção ao que se pretende inovar, as práticas institucionalizadas existentes e o significado social desses sistemas (atual e proposto) numa perspectiva ampla da

forma possam ser consideradas criminosas (ou incentivar práticas criminosas), sendo esse um debate que, entretanto, não cabe no presente momento.

²⁸⁵ Destacamos que se trata de uma análise “curiosa”, pois o *backlash* é (inclusive na doutrina norte-americana) muito ligada ao ativismo judicial e não ao “ativismo” do Parlamento em legislar pelas minorias.

realidade. A ressalva da autora é fundamental para a justificação de reflexões que visem minimizar os efeitos nocivos do *backlash* em determinados contextos²⁸⁶.

O tema referente ao *backlash* mais recorrente nas análises brasileiras e que tem maior relevância na teoria constitucional e democrática, se encontra vinculado ao processo decisório. Assim, conforme Marmelstein, no que concerne aos estudos da presente tese, cabe observar que o *backlash* se destaca, mas não se limita, por uma “reação adversa não-desejada à atuação judicial”. Trata-se de uma espécie de “*contra-ataque político* ao resultado de uma deliberação judicial”, que “manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias ‘frentes’” (MARMELSTEIN, 2016, p. 02).

Como observado, o efeito se expõe por reações adversas com diversas frentes, mediante tanto a superação legislativa com a revisão legislativa de decisões controversas, como também as estruturas das Cortes: interferindo politicamente no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e/ou nas garantias inerentes ao cargo, de modo a assegurar que apenas juízes “obedientes” sejam indicados e impedir que juízes “indesejáveis” preencham o tribunal (chamado *court-packing*). É possível mencionar também a realização de perseguições políticas, impeachment ou remoção de juízes considerados “inadequados” ou “hiperativos” (no sentido de “ativistas”), também sendo identificável a implementação de restrições à jurisdição dos tribunais como forma de “podar” o controle de constitucionalidade (HIRSCHL, 2009, p. 167-168).

Como abordado, a experiência constitucional contemporânea indica um fenômeno da *hiperjudicialização* de temas éticos e políticos controversos (como direitos dos homossexuais, descriminalização do aborto, pesquisas com células-tronco, ações afirmativas no ensino superior – as cotas, direitos dos animais não humanos, entre outros) que passaram a ser decididos por órgãos judiciais. Esse fenômeno parece estar alterando como se compreendia classicamente o arranjo institucional que sustenta (ou orienta) a organização dos poderes constituídos. Nessa nova dinâmica, as Supremas Cortes ou Cortes constitucionais passam a ocupar um obrigatório protagonismo na resolução de casos sensíveis (controvérsias morais) que não estão “amadurecidos” socialmente, em uma função/atuação contramajoritária, podendo ser mais conservadora

²⁸⁶ A presente tese, como observado, se justifica com esse objetivo: refletir sobre proteger constitucional e democraticamente as minorias diante das ditaduras da maioria. O foco, portanto, é teorizar a aplicação da vedação ao retrocesso, mesmo que tal proposta (de retrocesso) tenha surgido de pressões sociais/populares ou seja instrumentalizada em instituições democráticas (como o Parlamento).

ou mais progressista a depender do caso ou momento histórico (MARMELSTEIN, 2016, p. 2).

Nesse sentido, é válido destacar que Samuel Sales Fonteles, em sua obra *Direito e Backlash* (2019) traz importantes contribuições conceituais sobre o fenômeno, indicando que, a *contrario sensu*, o *backlash* pode ser tanto para retroceder direitos, como para manter direitos a salvo diante de ameaças, indicando se tratar de um fenômeno mais amplo do que a compreensão exclusivamente jurídica e vinculada aos entendimentos das Cortes (como teoricamente se convencionou afirmar).

Ainda que o *backlash* não ocorra apenas no sentido de ser uma reação conservadora²⁸⁷, essa é a que mais preocupa ao tema dos direitos humano-fundamentais. A doutrina (CAVALCANTE, 2017) ressalta que o *backlash* é uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (destacando o Parlamento/poder Legislativo) a uma decisão do Poder Judiciário sobre tema controverso. No mesmo sentido, para Willeman, trata-se de um movimento de intensa reprovação e/ou rejeição da decisão judicial sobre o tema polêmico, que envolve adotar medidas que garantam a resistência ou minimização, ou ainda anulação, da carga efetiva da decisão (WILLEMAN, 2013).

Maiores apreciações acadêmicas sobre o efeito em análise são direcionadas para as decisões das Cortes Constitucionais em razão dos aspectos da teoria constitucional e as implicações sociais que envolvem. O tema envolve a titularidade de quem dá a última palavra em questão de interpretação constitucional (e atribuição de sentido), de modo que a CRFB/88 delega essa função ao STF (dado o desenho constitucional) por ser ele o titular da última palavra na interpretação do texto constitucional²⁸⁸. Entretanto, após a declaração de inconstitucionalidade por parte do STF, não há impeditivos para que o Parlamento reaja desafiando a posição do STF (MENDES, 2011, p. 249) com nova legislação ou Emenda Constitucional.

A opinião da doutrina e da literatura especializada diverge quanto aos aspectos positivos e negativos do fenômeno em pauta. Muitos o consideram como uma ameaça e, por isso mesmo, representaria uma espécie de amarra a controlar a tendências contemporâneas das Cortes de atuarem em temas políticos. É de se mencionar que a presente tese não comunga de tal visão negativa da atuação dos tribunais, nem

²⁸⁷ Posição também defendida por Vanice Regina Lírio do Valle (2013, p. 05).

²⁸⁸ Godoy contesta se a CRFB/88 em seu Art. 102, ao atribuir a “guarda” da Constituição ao STF, estaria lhe atribuindo o direito de última palavra. Em todo caso, o STF finaliza uma rodada de discussões (GODOY, 2015, p. 77).

considera, como se posicionam os opositores, de que a discussão de temas políticos na seara judicial esvaziaria o debate político democrático na sociedade²⁸⁹.

O *efeito backlash*, mesmo que gere resultados indesejados, é esperado (e natural) no jogo democrático, não podendo ser encarado como um impeditivo para que ocorram análises jurídicas sobre a validade constitucional das leis produzidas pelo Parlamento (sejam ou não resultado do *backlash*). O fenômeno não envolve apenas um processo de medição de forças, como se juízes e políticos estivessem em uma queda de braço para dar a última palavra sobre os desacordos morais, visto que existe muito mais em jogo. É preciso, nesse sentido, ter uma compreensão clara sobre os fatores que influenciam a legitimidade do poder, sobre o papel da legislação e da jurisdição, para que seja possível resolver os conflitos (questões sensíveis e controversas) oriundos da tensão entre Direito e Política como base dos problemas analisados na presente tese (MARMELSTEIN, 2015).

O Legislativo, no que se refere às demandas do movimento LGBTQ+, “muitas vezes se apresenta como uma arena inóspita e bloqueada” relegando aos interessados que busquem a garantia de seus direitos tendo as Cortes como alternativa. Quando, entretanto, “as primeiras conquistas junto aos tribunais são alcançadas, uma forte reação conservadora (*backlash*) costuma tornar os parlamentos cada vez mais herméticos às demandas das minorias sexuais” (CARDINALI, 2017b, p. 28)²⁹⁰.

O *backlash*, tal como abordado de forma mais constante na teoria constitucional brasileira, está diretamente ligado com o ativismo judicial, como um efeito negativo da judicialização da política e até da CRFB/88. Em tal perspectiva, o tema é objeto de interesse do Direito Constitucional Comparado (razão pela qual o próximo tópico, 4.2, apresenta olhares de contextos diversos para melhor compreensão da dimensão do fenômeno). Pode ser compreendido, mas não limitado, à reação social e institucional que tem como foco principal as decisões judiciais com caráter progressista, especialmente quando tais decisões inovadoras são emanadas das Cortes Constitucionais não apenas no Brasil, mas em outros Estados tanto sistema do *civil law* quanto no *common law*.

Ainda que a ocorrência de reações sociais seja inegável, as associações negativas às decisões das cortes constitucionais e as supostas correlações “diretas” que parte da

²⁸⁹ Nesse sentido, resgata-se a advertência de Platão, em *A República*, que não se deve desencorajar qualquer um que avance, não importando o quão lento seja esse progresso.

²⁹⁰ Isso não é entretanto uma regra.

doutrina atribuí ao fenômeno são drásticas de uma maneira preocupante. Como observado, a História não é algo inanimado e objetivável como uma sequência de fatos correlacionados logicamente, como se fosse um esquema. Considerar dessa forma implicaria realizar uma leitura histórica como algo de fluxo natural e concatenado (uma via de mão única) ignorando inúmeras variáveis (sociais, políticas, culturais, midiáticas, econômicas, filosóficas, religiosas, acasos não conhecidos e a influência de aspectos não diretamente vinculados nos planos nacional ou internacional – por conta do atual estágio da globalização) que incidem em cada recorte temporal feito²⁹¹. Isso reclama um constante estado de alerta: ainda que não se possa negar a ocorrência de efeito *backlash* em determinadas situações, a doutrina contrária ao protagonismo judicial *demoniza* a atuação da Corte atribuindo muito mais peso histórico e social às decisões do que seria virtualmente possível de aferição objetiva.

4.2. Efeito *Backlash* no contexto de direito comparado e brasileiro

Destaca-se a ocorrência de *Backlash* referente a questões raciais nos Estados Unidos e no Reino Unido nos anos de 1960 e 1970, bem como nos anos de 1980 e 1990, sendo essas últimas com maior teor político. Refletindo as percepções e os sentimentos de comunidades brancas, foi mais significativamente produto de um movimento político (também com dimensão internacional). Tratou-se de uma reação do povo estadunidense ao desenvolvimento da agenda de direitos civis de cidadãos afro-americanos para corrigir erros da escravidão e racismo (na fase inicial dessa agenda, pós-meados de 1960) (HEWITT, 2005, p. 18).

É interessante observar que os Estados Unidos, nesse caso, apresentam relativa apatia social no que se refere ao engajamento contrário às decisões numa perspectiva nacional²⁹² (GASPARDO, 2018, p. 71). Entretanto, verifica-se que o engajamento se deu por motivações racistas (mas não generalizadas) e para manter o *status quo*. Assim, é fácil compreender que nos EUA, onde o fenômeno possui os mais destacados pesquisadores sobre o efeito, aponta-se uma predominância negativa do fundamento do *backlash* (conservadorismo, reação aos avanços nos direitos de minorias e grupos vulneráveis etc.).

²⁹¹ Brito *et al.* apresentam essa preocupação quanto a análises históricas pouco comprometidas (2016, p. 39).

²⁹² As reações foram principalmente no sul do país onde a escravidão e a subjugação da população negra se fez mais presente e acentuada.

A história dos EUA e do Reino Unido revela a ocorrência de um “White Backlash” (Reação da população branca) contra políticas de garantia dos direitos civis e que buscavam combater o racismo. Cabe o importante destaque que mesmo nos EUA onde o efeito *backlash* alcançou suas formas mais “estridentes”, sua ocorrência não foi, de modo algum, onipresente. Quando os impactos da agenda dos direitos civis começaram a ser sentidos no Sul do país, as respostas locais à segregação escolar e ao *bussing*, apesar de ferozes (e violentas), em muitos casos, não eram uma prática uniforme. Essa reação contrária das comunidades brancas também ocorreu nas ações afirmativas (cotas) no ensino superior e nos postos de trabalho.

Destaca Roger Hewitt (2005) que muitas políticas foram sendo implementadas sem problemas e sem oposição evidente. No Reino Unido, observa o autor, a concorrência de trabalhadores negros e estrangeiros às vagas de emprego levou a tumultos e violência em determinados momentos da primeira metade do século XX²⁹³. No período após a Segunda Grande Guerra Mundial, a imigração de negros da *Commonwealth* e o reconhecimento das desvantagens dos negros e afrodescendentes expôs a hostilidade racial e o ressentimento de tratamento “diferenciado” nos dois países (EUA e Reino Unido). Dessa forma o *white backlash* não foi a única resposta das comunidades brancas às políticas oficiais destinadas a proporcionar igualdade de direitos, oportunidade e proteção da lei, mas envolveu (ainda que nem sempre de forma expressiva) interesse político e manipulação (HEWITT, 2005, p. 5)²⁹⁴.

As reações negativas (o *White Backlash*) das comunidades brancas em relação aos avanços dos direitos civis das populações afro-americanas se deram: (i) pela proximidade (no sentido mesmo de avizinhamento) das comunidades negras após os processos de migração (do ambiente rural para as cidades); (ii) pela potencial aquisição

²⁹³ A disputa por postos de trabalho é um lugar comum de muitos protestos “brancos” nos Estados Unidos, conforme o autor. É interessante observar que a questão do desemprego é sempre um elemento presente nos discursos de ódio xenófobos em face dos imigrantes e, nos contextos contemporâneos, especialmente contra os refugiados. Para mais ver o Capítulo VIII.

²⁹⁴ No original: *Even in the USA, where it achieved its most strident forms, backlash was by no means ubiquitous. When the impacts of the civil rights agenda began to move beyond the South, local responses to school segregation and bussing, for example, though fierce in many instances were far from uniform despite some familiar patterns. The same was true with affirmative action in higher education and employment - the other major site of white protest in the USA. Much occurred smoothly and without overt opposition. In the UK competition from black and foreign workers for jobs at certain periods had led to rioting and violence in the first half of the twentieth century. However, the post-World War II immigration of black people from the Commonwealth and the recognition of black disadvantage and exposure to racist hostility and resentment at 'special treatment' in both countries. 'White Backlash' to official policies aimed at providing equal rights, opportunities and protection under the law was by no means the only response from within white communities. It was, however, always susceptible to - if not always only expressive of - political interest and manipulation (HEWITT, 2005, p. 5)*

de um novo poder e/ou status pelos negros (uma maior fruição de cidadania e protagonismo, além de alcance de novos postos de trabalho); (iii) pela formulação de políticas públicas ou legislações que visavam a trazer maior igualdade entre negros (também incluídas aqui outros grupos étnico-raciais) e brancos; (iv) bem como a aplicação de tais políticas em diferentes momentos e lugares. Esses elementos geraram protestos visíveis e mobilização para pressão política como tentativa de barrar e retroceder os avanços. Nesse contexto que inicialmente a *Ku Klux Klan* centrou-se contra a possibilidade de negros ocuparem posições no Judiciário, sendo a organização e expansão do grupo marcado entre os primeiros *White backlashes* em face da legislação de igualdade. Cada uma das reações (fossem protestos ou pressão política) era estimulada como reação contra a possibilidade de que brancos tivessem que competir com pessoas negras nos mais diferentes espaços (como emprego e educação), de modo que a vantagem branca seria diminuída, se não fosse anulada (HEWITT, 2005, p. 05). O *White Backlash* se deu não como um ataque racional e jurídico contra as decisões que avançaram no sentido de maior igualdade social, mas como uma ideia fundamentalista (com ares de “sobrevivência” ante uma ameaça de aniquilação, portanto irracional) de preservação do *status quo*.

Nos EUA, sublinham-se as reações adversas das decisões judiciais da Suprema Corte que representam *leading cases*. Os casos que despertaram o interesse dos estudiosos sobre o *backlash* são principalmente²⁹⁵: (i) o *case Brown v. Board Education*²⁹⁶ (versando sobre segregação racial em escolas públicas e o direito de negros poderem frequentar as mesmas escolas que os brancos); (ii) o *case Roe v Wade*²⁹⁷ (versando sobre a descriminalização do aborto); e, mais recentemente, (iii) o *case Obergefell v Hodges*²⁹⁸ (versando sobre o casamento igualitário, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo). Em todas essas situações paradigmáticas os grupos mais conservadores (incluindo bancadas parlamentares) buscaram reverter as decisões usando-as estrategicamente como forma de alavancar votos de um público mais conservador (e religioso) elegendo candidatos republicanos, usando como argumento que democratas eram apoiadores da tendência contramajoritária da Suprema Corte, o que os tornaria uma ameaça à família tradicional e aos valores religiosos.

²⁹⁵ Existem outros casos, para além dos mencionados, que são interessantes para conhecer o *backlash* no contexto da realidade estadunidense. Para conhecer mais, ver Samuel Sales Fonteles (2019).

²⁹⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347, U.S. 483 (1954).

²⁹⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²⁹⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

Considerando a amplitude de se tratar do fenômeno, sua manifestação pode se dar em diferentes contextos e motivações. Especialmente ligado ao proposto na presente tese aquelas (in)diretamente ligadas aos direitos fundamentais merecem maiores considerações.

Ainda que rotineiramente, e principalmente, se identifique o *backlash* como um efeito de viés conservador como uma resposta a progressos em direitos que se apresentem como uma ameaça ao *status quo* de grupos hegemônicos, é possível a ocorrência de *backlashes* progressistas quando a decisão judicial implique em conservação de um *status quo* ilegítimo. Situações nesse sentido que merece destaque são os casos (i) *Bowers v Harwick* (1986), onde a Suprema Corte dos EUA entendeu (por 05 votos contra 04) que a lei de sodomia do Estado da Geórgia eram constitucionais, mesmo que criminalizasse as práticas sexuais oral e anal, a despeito de serem consensuais, entre adultos e no âmbito privado, o que, na prática, criminalizava as relações sexuais homoafetivas – o que levou a um lento processo de contestação da lógica adotada pela Suprema Corte²⁹⁹; e (ii) a atuação da Suprema Corte dos EUA (em 1935) quando negou a constitucionalidade das medidas adotadas por Roosevelt em seu programa de intervenção econômica e social, o *New Deal* (nos casos *297 U.S. 1 (1936)*; *298 U.S. 238 (1936)*; *298 U.S. 513 (1936)*; *298 U.S. 587 (1936)*).

Na América Latina, encontramos discussões dessa natureza, por exemplo, na Colômbia³⁰⁰. Felipe Galvis Castro (2014) aborda o tema analisando como as crises econômicas contam com as primeiras baixas dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) por meio de pacotes (ou planos) de restrições e o papel da Corte Constitucional Colombiana³⁰¹ como Poder constituído contra majoritário.

²⁹⁹ O Estado da Geórgia derrubou essa lei no ano de 1998, ou seja, mais de uma década depois. A superação judicial desse precedente ocorreu ainda mais tarde, no caso *Lawrence v Texas*, no ano de 2003.

³⁰⁰ É interessante oferecer uma análise comparada, pois a Constituição colombiana é “maximalista” em seus objetivos, em particular no que se refere ao respeito, proteção e realização dos direitos nela reconhecidos. A Constituição de 1991 reconheceu um amplo catálogo de direitos, incluindo direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, ao tempo que dispôs de vários mecanismos judiciais ao alcance dos cidadãos para assegurar sua proteção, além dos conhecidos controles de constitucionalidade (CASTRO, 2014, p.118). Essas características se aproximam da proposta constitucional brasileira.

³⁰¹ Conforme o próprio autor, seu propósito “es visibilizar el debate que subyace a la aprobación de esa enmienda constitucional y de los arreglos institucionales que de ella se derivarían, al tiempo que examina los posibles efectos de esta enmienda en la protección de los DESC por parte de los jueces y tribunales que hacen parte de la jurisdicción constitucional en Colombia”, o que, em outras palavras significa “advertir cómo la reforma constitucional mencionada no es otra cosa que uno de los resultados de un debate que ha ocupado la atención de la sociedad colombiana durante las últimas décadas y un intento de una matriz de pensamiento que pretende controlar las decisiones de los jueces en materia de adjudicación de derechos fundamentales, de nuevo, aquí y allá, em beneficio del anelado equilibrio fiscal” (CASTRO, 2014, p.117). A preocupação com a blindagem de direitos fundamentais em face de interesses puramente

Castro (2014) cita como exemplos recentes (fora da Colômbia) as medidas adotadas pelos governos da Espanha, Irlanda, Portugal e Grécia quando de suas respectivas crises econômicas. Nesse sentido, se adotam reformas que ambientam e justificam medidas regressivas em matéria de DESC, como soluções urgentes, de exceção e sempre em benefício do equilíbrio fiscal. Paradoxalmente, argumenta Castro, o abandono de compromissos internacionais e constitucionais em matéria de DESC não é uma prática exclusiva dos países europeus mencionados, e as medidas regressivas sobre a matéria não têm sido adotadas apenas por Estados que atravessam crises econômicas.

A Colômbia, mesmo com estabilidade econômica, tem implementado medidas restritivas e regressivas, como o que se pretendeu levantar *ao posto de princípio constitucional, à sustentabilidade fiscal*, sancionada pelo presidente colombiano em 30 de junho de 2011 (CASTRO, 2014, p. 117).

A promulgação da reforma constitucional constituiu o resultado de uma larga discussão na Colômbia com a participação de diversos setores da opinião pública, incluindo a Corte Constitucional Colombiana. A controvérsia envolvia, principalmente, o “custo” dos DESC e das decisões adotadas pelos *juízes constitucionais* na proteção desse tipo de direitos (2014, p. 117).

Castro frisa que, nessas circunstâncias, é possível identificar a reforma constitucional de 2011 como ocorrência do efeito *backlash*, nisso configurando como uma reação negativa em face do ativismo (em matéria de direitos sociais) da Corte Constitucional Colombiana, por força das consequências econômicas dessas decisões (2014, p. 117).

As principais críticas provinham dos economistas e funcionários do Governo Colombiano para quem a Corte Constitucional não teria competência (entendida como a legitimidade constitucional, bem como a idoneidade técnica e cognoscitiva) para pronunciar-se sobre assuntos sensíveis (econômicos), com efeitos no desempenho geral da economia e com impactos nos pressupostos públicos.

religiosos, moralistas e populistas, mais do que um aspecto financeiro, move a presente tese. Observa-se claramente uma conjuntura político-social que busca desmerecer os direitos fundamentais alegando-se uma suposta crise ético-moral da sociedade com fortes indícios fundamentalistas e totalitários. Para tanto, é possível observar igualmente a adoção do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais) como inimigo, exatamente por ser espaço onde as minorias podem ser ouvidas em suas demandas. Contra isso, existe toda uma movimentação política e (de manipulação) social para “domesticar” a *Suprema Corte Brasileira*.

As críticas, por sua vez, advertem a existência de restrições como a exigência de considerações técnicas cuidadosas que decisões com efeitos na administração de recursos públicos deveriam conter. Castro destaca que o Tribunal Constitucional não encontra capacidade de efetuar tais considerações técnicas. De modo geral, as reprovações ao ativismo da Corte Constitucional Colombiana poderiam se resumir em: (i) a falta de caráter técnico das decisões da CCC, pois os juízes e tribunais careceriam de idoneidade técnica necessária para decidir sobre assuntos com consequências econômicas; (ii) o fato de que as decisões do Tribunal Constitucional tem relação com certa tendência dos juízes adotarem uma postura populista na proteção dos direitos sociais, desatendendo as restrições aos fundos previstos para os programas/recursos públicos apresentados pela Administração; (iii) o questionável caráter antidemocrático das decisões adotadas pela CCC, afirmando-se que o sentido das decisões a respeito de matérias com efeitos econômicos não deveriam ser de competência de *um grupo de nove magistrados, não eleitos popularmente, sem uma ampla deliberação pública a respeito*.

Afirmam os críticos que corresponde aos *cuerpos políticos*, como o Congresso e o Governo, definir os rumos da matéria econômica. Além disso, as reprimendas vão no sentido de que (iv) a jurisprudência da CCC estaria “constitucionalizando” um certo modelo econômico, criando rigidez de manejo e direção da economia e excluindo algumas alternativas a respeito que contariam com apoio dentro da população; (v) outras críticas, ainda, assinalam que as decisões do Tribunal Constitucional colocam em questão a segurança jurídica na matéria de contratos e regulações, o qual desestimula a mudança; (vi) por último, se observa que a intervenção da Corte em matéria econômica, na busca por proteger os direitos sociais, desestimula a mobilização social e política, indispensável em um sistema democrático saudável (CASTRO, 2014, p. 120-121).

Para resumir, ainda que a reforma constitucional reflita privilegiar o equilíbrio fiscal e a segurança jurídica como condições para alcançar o crescimento e o desenvolvimento econômico, é certo que também constitui um *backlash* jurídico-legal perante a proteção constitucional dos DESC promovida pelo ativismo da Corte Constitucional Colombiana.

Na Argentina, a discussão a respeito do *backlash* tem sido referenciada com o recente (ocorrido em 2017) *caso Luis Muiña*, que apresentou a ocorrência de *override*

de decisão judicial³⁰². Segundo Emilio Peluso Neder Meyer e Jessica Holl, a questão se desenvolveu quanto ao processo judicial contra Luis Muiña, condenado pela prática de crimes contra a humanidade durante a ditadura naquele país. O Tribunal Oral Criminal Federal n. 2 (TOF n.2) condenou Muiña a 13 anos de privação de liberdade, nos termos da Lei, por privação ilegal de liberdade, abuso de suas funções, tortura em situações de encarceramento e pelo crime de desaparecimento forçado.

O TOF n. 2 decidiu nos termos das leis vigentes no sentido de aplicação da pena mais favorável e com isso a aplicação do cômputo, após dois anos de prisão preventiva, de que a cada dia passado naquele regime contaria como dois dias efetivamente cumpridos, o que era conhecido como a “regra do 2x1”. Considerando a rejeição da decisão pela sociedade, o Ministério Público Fiscal apresentou um “recurso de cassação” em face da sentença por entender que a Lei que previa tal benefício (Lei n. 24.390/1994) não se aplicaria para crimes contra a humanidade, conseguindo uma vitória na Sala IV da Câmara Federal de Cassação Penal que afastou a aplicação do mecanismo de diminuição do prazo.

O recurso apresentado pela defesa de Muiña foi apreciado pela Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina que entendeu por maioria, em 03 de maio de 2017, pela aplicação da *regra 2x1* (houve dissidência indicando a controvérsia da matéria). A Corte se fiou na inexistência de dispositivo legal que apresentasse aplicação diferenciada para o que fosse mais benéfico para o condenado quando se tratasse de crimes contra a humanidade. Assim, a decisão da Corte se baseava no princípio da legalidade e na deferência ao Parlamento e à produção legislativa, destacando que a não aplicação da regra seria um ferimento da legalidade, uma vez que o Código Penal Argentino usava da expressão “sempre” para essa regra (2018, p. 201-203).

A sociedade civil argentina respondeu negativamente à decisão dada pela Suprema Corte de Justiça, o que ocasionou a mobilização de agentes políticos em diversos outros lugares que compartilhavam uma questão comum – a condenação de agentes envolvidos nas violações de direitos humanos durante ditaduras militares. A reação social de discordância e uma movimentação iniciada pelo Congresso Nacional Argentino fizeram com que, menos de uma semana depois da decisão dada pela Suprema Corte, em 09 de maio, a Câmara dos Deputados aprovasse uma modificação

³⁰² O *override* ocorre quando uma decisão judicial é superada por uma decisão legislativa. Outra possibilidade a ser considerada no *backlash* é a situação de *overruling*, quando uma decisão judicial é superada por uma decisão judicial posterior.

legal que vedava a aplicação do benefício processual quando da ocorrência de crimes de genocídio e crimes permanentes (como o desaparecimento forçado), recebendo o apoio do grupo dominante e oposição, o que gerou o apoio de 212 votos de aprovação da lei (apenas um voto foi contrário); no Senado, o texto foi aprovado sem mudanças com 56 votos favoráveis. O resultado foi a aprovação da Lei n. 27.362/2017 que determinava a não aplicação da “regra 2x1” nas “categorias de crime de lesa humanidade, genocídio ou crimes de guerra” – o que pode ser identificado como um “legislative override” (MEYER; HOLL, 2018, 204-205).

O caso se configura como *backlash* e exemplifica tensões possíveis no constitucionalismo contemporâneo e da oposição do Legislativo ao Judiciário, todavia, mais do que isso: uma real superação legislativa. Meyer e Holl (2018) destacam que o *backlash* e um constitucionalismo transnacional (ou seja, que considere a precedência das normas internacionais nas decisões institucionais) estão vinculados a uma “construção institucionalizada dos direitos humanos” derivada da atuação dentro da própria sociedade (por exemplo: ativistas, advogados, ONGs) promovendo essa transformação de “baixo para cima” (MEYER; HOLL, 2018, p. 213-214).

Deslocando as análises sobre ocorrências do efeito *backlash* no âmbito brasileiro, é possível mencionar a ocorrência de reações em face da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da união estável homoafetiva. Além disso, a literatura especializada aponta para os casos da judicialização da vaquejada, das células-tronco e da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, Lei da Ficha Limpa, entre outros, como exemplos de *backlash* no contexto nacional³⁰³.

A decisão do STF referente ao reconhecimento do direito de casais do mesmo sexo constituírem família não usurpou a função do Parlamento como se fosse uma interferência ilegítima ou um rompimento do princípio de separação dos poderes. O caso destacou a necessidade do Legislativo se pronunciar sobre tais questões, coisa que deliberadamente não fez (e o não atuar não pode ser lido como uma resposta legítima em um contexto democrático). Com relação aos argumentos específicos da união homoafetiva na dinâmica da judicialização dos direitos LGBTQ+, serão analisados na Parte II da tese.

³⁰³ Considerando a proposta temática específica sobre o *backlash* em face do direito à união (estável ou casamento) entre pessoas do mesmo sexo, para uma abordagem sobre esses casos em específico sugere-se a leitura de *Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada*, de Vera Karam de Chueiri e José Arthur Castilho de Macedo (2018); *Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos*, de Adriana Timoteo dos Santos Zagurski (2017) e *Direito e Backlash* de Samuel Sales Fonteles (2019), entre outras obras que constam nas referências da presente tese.

Como se trata de uma questão que sofre resistência de grupos conservadores e reacionários, destacadamente influenciados por fundamentalismo religioso cristão, as reações negativas apresentadas podem ser elencadas de forma pontual. O Legislativo deveria promover um diálogo institucional partindo da positivação desse direito reconhecido pela Corte Constitucional do país e, assim, legislar sobre a matéria para que o tema estivesse devidamente resguardado também pelo procedimento legislativo. Entretanto, o Parlamento acabou por empenhar esforços em projetos de lei com teor *LGBTfóbico* (em uma dinâmica de disputa sobre quem dá a última palavra).

Para exemplificar, há o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) 234/2011, apresentado em 02.06.2011, pelo deputado João Campos³⁰⁴ (PSDB/GO)³⁰⁵, e o PDC 1457/2014, apresentado em 02.04.2014, pelo Pastor Eurico (PSB/PE)³⁰⁶, ambos buscando a viabilização do procedimento conhecido popularmente como “cura gay”.

O deputado federal Marcos Feliciano (PSC-SP) apresentou, em 27.10.2011, um Projeto de Decreto Legislativo (PDL) n. 495/2011, com o intento de convocar um plebiscito “sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar” de modo que uma consulta pública fosse realizada para responder à pergunta: “O direito brasileiro deve reconhecer a união homossexual como entidade familiar?”, que teria como resposta as manifestações de *sim* ou *não*. Houve o arquivamento em 2012 pelo número insuficiente de assinaturas exigidas para sua propositura³⁰⁷, com duas tentativas de desarquivamento sem sucesso, no ano de 2015, com seu arquivamento definitivo (LIMA, 2017, p. 388).

Outra ocorrência de resposta congressional é a tentativa de superação legislativa por parte do Parlamento consubstanciada no *Projeto de Lei n. 6.583/2013*, apresentada em 16.10.2013 pelo deputado Anderson Ferreira (PR/PE), proposto como Estatuto da

³⁰⁴ O referido deputado, em 06.07.2011, apresentou o Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo n. 325/2011 que busca sustar “os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo” a proposta tem uma enquete virtual que até 17.11.2020 teve apenas três votos, sendo dois de concordância total e um de discordância total – o que demonstra a total irrelevância da proposta (ao que se soma seus sucessivos arquivamentos e desarquivamentos).

³⁰⁵ A ementa do PDC 234/2011 informa que a proposta busca sustar “a aplicação do parágrafo único do art. 3º e o art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia n. 1/99 de 23 de março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual”. O Projeto está *arquivado* a pedido do autor desde 02.07.2013.

³⁰⁶ A ementa informa que a proposta busca sustar “os efeitos da Resolução n. 01, de 22 de março de 1999, editada pelo Conselho Federal de Psicologia – CEP”. O Projeto está arquivado a pedido do autor desde 17.09.2014.

³⁰⁷ Como Flávia Danielle Santiago Lima destaca, se exige “um terço, no mínimo, dos membros da Casa Legislativa, de conformidade com o disposto no art. 3º da Lei n. 9.709/98 e, conseqüentemente, com o art. 137 § 1º, inciso I do Regimento Interno da Câmara dos Deputados” (LIMA, 2017a, p. 388).

Família e que busca estabelecer juridicamente a configuração familiar dentro de uma formatação heteronormativa (entre um homem e uma mulher e seus descendentes, ressalvando-se o reconhecimento da família monoparental).

Baranoski (2016) destaca que a redação do projeto de lei, em seu artigo 2º, exclui do conceito de família (consequentemente, da proteção do Estado) aquelas de formação homoafetiva³⁰⁸, bem como as entidades familiares formadas por adoção, visto que há o uso proposital da expressão “descendentes” com clara referência à parentalidade biológica. O projeto havia sido arquivado ainda em 2014, mas em 2015 voltou a tramitar a pedido do então presidente da Câmara dos Deputados, o Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB/RJ). A comissão especial constituída para analisar o projeto “votou por sua constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do mesmo”, mas recursos contra a aprovação foram apresentados com base na inconstitucionalidade da proposição (BARANOSKI, 2016, p. 75-76).

Considerando a resistência (e a violência) sofrida pelas pessoas LGBTQ+, os avanços em matéria de direitos fundamentais sempre serão encarados como temas polêmicos. Assim, como posto por Cardinali, “mesmo as respostas judiciais mais assertivas podem não ser capazes de encerrar o debate social e político em torno de temas altamente controvertidos” (2017b, p. 65). O reconhecimento da legitimidade da união homoafetiva, como uma entidade familiar, pelo STF foi objeto de crítica (por juízes, juristas, políticos e sociedade). O autor destaca que as tentativas de resposta legislativas são no sentido de tentar reverter interpretação e leitura constitucional feita pela Suprema Corte (CARDINALI, 2017b, p. 65). O diálogo institucional entre Parlamentos e Cortes parece ser uma possibilidade utópica no cenário brasileiro.

Ao analisar o Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos por parte do Poder Executivo n. 325/2011³⁰⁹, de autoria do deputado João Campos (PSDB/GO), Flávia Danielle Santiago Lima observa que o autor argumenta uma suposta extrapolação do STF no reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo de forma a inovar na ordem jurídica constitucional, supostamente criando obrigações e restringindo direitos (e com isso usurpando competência do Legislativo).

Além disso, a proposta busca sustar o reconhecimento das uniões por parte do STF que teria, segundo o autor do projeto, conferido aos parceiros homossexuais (o

³⁰⁸ Homoparentais (com filhos) ou homoconjugais (sem filhos).

³⁰⁹ Ainda que se trate de um instrumento previsto pela CRFB/88, Art. 49, inc. V e XI, que confere ao Congresso Nacional o poder de sustar atos do Poder Executivo, o referido deputado utilizou-se da ferramenta constitucional para atacar a decisão do STF (LIMA, 2017, p. 387).

parlamentar não usa a expressão casais) uma “estabilidade financeira”, aparentemente ilegal, com “direitos básicos conferidos a uma relação familiar, tais como: nome; alimentos; pensão por morte; assistência; adoção; fidelidade; honra; memória; sucessão; e divisão dos bens” – direitos esse que, questiona Lima, em sua maioria nem se encontram na decisão do STF e foram conferidos pelo Poder Executivo e pela jurisdição ordinária (ou seja, não constitucional), de modo que seu projeto não poderia atacar tais “conquistas”. Entre outras coisas levantadas por Lima, não há menção sobre que direitos estariam sendo restringidos pela decisão do STF, nem há especificação de que grupo estaria sendo prejudicado e “sofreria limitações em virtude do julgado” (LIMA, 2017a, p. 386-387).

Um aspecto relevante é que as narrativas do *backlash* podem se apresentar tendenciosas e atribuir às decisões judiciais causas que não poderiam ter nelas sua única origem. Não se pode afastar a constatação de que a resistência quanto às conquistas da comunidade LGBTQ+ é antiga e muito anterior à decisão do STF. Baranoski (2016), nesse sentido, resgata que, em 2008, já havia sido proposto um Projeto de Lei (n. 4.508), cujo autor foi o deputado federal Olavo Cavalheiros, que buscava proibir de forma expressa que pessoas homossexuais pudessem adotar, revelando-se um verdadeiro retrocesso para as conquistas no campo legislativo e jurisprudencial (BARANOSKI, 2016, p. 75).

A apreciação do Parlamento sobre a matéria já era reticente mesmo *antes* da judicialização dessa questão, como é possível identificar no Projeto de Lei de n. 1.151/95, conhecido como Projeto de Lei da Parceria Civil Registrada, e no Projeto de Lei n. 5.252/2002, conhecido como Pacto de Solidariedade. Ainda que esses projetos buscassem disciplinar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, vedavam a adoção, tutela ou mesmo guarda de crianças e/ou adolescentes por pessoas homossexuais. Essa proibição inclusive se aplicava para adoções, tutelas ou guardas individuais (para pessoas solteiras) ou em conjunto (como pedido do casal) e para situações em que a criança ou adolescente fosse filho de um dos parceiros ou pactuantes, implicando na impossibilidade de vínculo civil de família entre eles.

Flávia Daniele Santiago Lima (2017a) também menciona que em 05 de abril de 2006 (portanto cinco anos antes do reconhecimento por parte do STF), a Deputada Federal Laura Carneiro apresentou o Projeto de Lei n. 6.874/2006 que pretendia dispor sobre um “contrato civil de união homoafetiva referente às relações patrimoniais, encaminhando às Comissões de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e

de Cidadania no mesmo mês, mas que até hoje não teve qualquer avanço em seu trâmite”. Também é mencionado por Lima (2017a) o Projeto de Lei n. 580/2007, apresentado pelo Deputado Clodovil Hernandes em 27 de março de 2007, com a proposta de inclusão do contrato de união homoafetiva no Código Civil, bem como prevendo segredo de justiça nos processos que discutisse esses contratos.

Vale ainda sublinhar o Projeto de Lei 4.914/2009, proposto pelos deputados José Genoíno (PT/SP), Manuela D’ávila (PCdoB/RS), Maria Helena (PSB/RR e outros, propondo equiparação dos regimes jurídicos de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e sexo diferentes, no que se refere a direitos e obrigações, bem como assegurando a conversão em casamento (LIMA, 2017a, p. 375-376).

Outro ponto é que a positivação do direito de constituição familiar para casais de mesmo sexo não implicou apenas efeitos negativos, como os críticos parecem apontar. É necessário reconhecer que o Parlamento, em alguma medida, também apresentou reações positivas como se identifica no Projeto de Lei n. 612/2011, da senadora Marta Suplicy (PT/SP), que buscava alterar os artigos 1.723 e 1.726, do Código Civil brasileiro, de modo a permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo e reconhecendo tal união como entidade familiar nos termos do Código³¹⁰. Vale mencionar o Projeto de Lei n. 5.120/2013, proposto pelo deputado Jean Wyllys e deputada Érica Kokay, com o mesmo objetivo. Como uma contrarresposta legislativa ao encaminhamento do Projeto de Lei do Estatuto da Família (que implicava um retrocesso), foi proposto o Projeto de Lei do Senado n. 470/2013 que instituíria o Estatuto das Famílias, de autoria da Senadora Lidice da Mata (PSB/BA), como uma legislação inclusiva dos diferentes modelos e formatos familiares.

Uma das dimensões identificáveis do *backlash* em face da positivação do direito ao reconhecimento da união estável homoafetiva se deu por alguns membros do Judiciário, agindo sob o argumento de “resistência”. Baranoski (2016) menciona que um desses casos se deu em Goiânia, no ano de 2012, quando a juíza Sirlei Martins da Costa, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia negou o pedido de habilitação para o casamento feito por um casal homossexual, agindo a magistrada na contramão do entendimento do STF. A mencionada juíza, no dia 1º de julho de 2012 fundamentou sua negativa no sentido de que a despeito do reconhecimento da união homoafetiva pela Suprema Corte, o casamento homoafetivo dependeria de lei específica e com isso o

³¹⁰ O projeto de lei foi arquivado ao final da legislatura em 20.12.2018

pedido do casal só seria viável com mudança legislativa³¹¹. O entendimento da magistrada, entretanto, mudou após dois anos de modo que passou a deferir os pedidos (BARANOSKI, 2016, p. 87).

Na dimensão institucional, o *backlash* pode ser exemplificado pela recusa de cartórios em cumprir os pedidos de registro de união estável de casais do mesmo sexo, apesar do entendimento do STF sobre a legitimidade constitucional da matéria. Como meio de vedar esse tipo de resistência dos cartórios, o Conselho Nacional de Justiça expediu, em 14 de maio de 2013, a Resolução n. 175.

Baranoski (2016) menciona que, após a mencionada Resolução, um promotor de justiça da cidade de Florianópolis (SC) negou para um casal homoafetivo a habilitação de casamento, alegando se tratar de uma situação “anômala” e adotando um legalismo acrítico e descontextualizado do sistema jurídico nacional. A despeito disso, no ano de 2015, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2012.060613-9 manteve o entendimento da decisão de primeiro grau e autorizou a conversão da união estável homoafetiva em casamento, mantendo a decisão a despeito do recurso apresentado pelo Ministério Público (BARANOSKI, 2016, p. 87).

É possível encontrar esse fenômeno também de forma difusa, conhecido como *backlash cultural*³¹² (ou *Cultural backlash*, no original), que se desenvolve de forma menos articulada e não diretamente relacionado a uma decisão específica, mas a um conjunto de decisões, mormente avanços progressistas, que geram insatisfação por romper com o status quo e disso gera uma contrarreação das camadas conservadoras. Muitos dos aspectos de *backlash* identificados em face dos Direitos das mulheres envolvem o backlash cultural, por exemplo. Um dos sintomas de *backlash cultural* que se apresenta no Brasil em 2020 foi a recente aprovação do *Consenso de Genebra*³¹³,

³¹¹ É necessário mencionar que a justiça goiana já reconhecia, desde 2006, as uniões homoafetivas como matéria do direito de família por se tratar de uma instituição familiar, entendimento esse que recebeu confirmação do Tribunal de Justiça de Goiás.

³¹² Uma leitura possível do Art. 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que estabeleceu “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, tendo sido incluído pela Lei n. 13.655, de 2018, envolve reconhecer uma tentativa de frear o ativismo judicial e o uso de valores abstratos na tomada de decisão. Considerando a pouca literatura sobre essa interpretação e a sua desconexão com as preocupações centrais da presente tese não se desenvolverá maiores reflexões a respeito.

³¹³ O documento, que não tem valor de tratado internacional, foi assinado pelos seguintes países: Congo, Egito, Sudão, Sudão do Sul e Uganda – do continente africano; Brasil e Estados Unidos – do continente americano; Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Indonésia, Iraque e Paquistão – do continente asiático; e Belarus, Hungria e Polônia – do continente europeu. Vale a menção que são países de qualidade democrática questionável, incluindo Hungria e Polônia que caminham para um

como um acordo internacional pró-vida e pró-família heterossexual assinada pelo governo brasileiro apresentando uma postura ideológica reacionária contrária aos avanços reconhecidos pelos Três Poderes (conforme está presente na Parte II).

Outro caso a ser pontuado como um *backlash* no Brasil como manifestação contrária ao reconhecimento da homotransfobia como crime enquadrável no tipo de “racismo” (determinando assim a criminalização da homotransfobia com aplicação da Lei do Racismo – Lei n. 7.716/1989) se encontra a recente tentativa da Advocacia Geral da União que apresentou recurso de Embargos de Declaração em face da decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e Mandado de Injunção (MI) 4733, ambas decididas em 2019. A estratégia da AGU é questionar os limites da decisão para tutelar o direito de liberdade religiosa que estaria sendo desconsiderada na decisão e um suposto direito de exclusão de organizações religiosas.

4.3. Aspectos positivos e negativos do Efeito *Backlash* à luz da teoria democrática e constitucional

Análises relacionadas ao Efeito *Backlash* estão normalmente associadas ao tom democrático de uma sociedade, dispondo que a ocorrência do *Backlash* implica o exercício de uma cidadania ativa e, simultaneamente, do poder constituinte (se por esse poder entender-se também o poder não só de criação, mas de modificação constitucional). Ao promover o *Backlash*, o povo, em tese, garante seu direito de voz e vontade e influencia a construção do sentido constitucional do que se poderia considerar algo próximo a uma Constituição Radical.

Um desafio não só teórico, mas realmente prático, é pensar se a ocorrência de *Backlash* se configura como uma resposta da *vontade popular* ou se se trata de um fenômeno que, dada a visibilidade que recebe, é apenas a manifestação da *vontade de um determinado grupo* insatisfeito com a situação provocadora da resposta, mas não sendo exatamente vontade popular. Como saber se realmente se trata da vontade de um *povo* (este titular do poder constituinte), ou de *grupos de poder insatisfeitos* com a mudança do *status quo* é um aspecto que não pode ser ignorado.

Estudiosos do fenômeno, especialmente, os que buscam o utilizar como uma forma de criticar os avanços jurídico-sociais positivados na arena judicial das cortes,

constitucionalismo abusivo e autoritário e foram classificados como autocracias eleitorais nos últimos índices democráticos.

tendem a dizer que o *Backlash* é um processo natural e legítimo de reação social por refletir a vontade popular em uma sociedade democrática. É possível identificar os argumentos a respeito de que o *backlash* pode ocorrer por, supostamente, as Cortes arrogarem para si matérias políticas que não lhe competiriam, usurpando-as dos processos “realmente” democráticos.

A concepção de povo é problemática desde o seu nascedouro. Por essa razão, como adverte Mário Lúcio Quintão Soares (2011, p. 142), a “extraordinária diversidade de acepções para o povo gera tantas e tão perigosas confusões e equívocos que se torna necessário, previamente, investigar os diversos sentidos em que se emprega tal palavra”.

Muitas vezes, pode ser vago “condicionado à sua fundamentação teórica na qual podem predominar diversos fatores, tais como idioma, raça, história e cultura, cabendo”, de forma apriorística, portanto, distinguir “a consideração do povo como formação natural e como formação cultural” (2011, p. 142).

A palavra “povo” se originou da expressão grega *demos*, mas, no século V a. C., essa palavra possuía muitas interpretações, como, para Aristóteles, denotava os pobres; ou se referia a *plethos*, *plenum* (o corpo de cidadãos em sua totalidade); *hoi polloi* (os muitos); *hoi pleiones* (os mais); ou *ochlos* (a multidão). A noção ainda fica mais complexa quando o *demos* grego se converte em *populus* latino, considerando que os romanos (e essa leitura também se encontra no desenvolvimento medieval do conceito) fazem uso de *populus*; em parte, como um conceito jurídico, e, em parte, como uma entidade orgânica (RICHTER MORALES, 2013).

Simone Goyard-Fabre destaca que Democracia se associa com facilidade, quando se trata de uma análise teórica, *ao governo de um povo que antes de ser demos é ao mesmo tempo multidão (plethos) e turba (ochlos)* (2003, p. 30). Configura-se uma questão epistêmica pensar se “povo”, portanto, pode realmente ser usado no sentido vulgar que a política e parte da doutrina associam com manifestação popular.

Trata-se de uma complexidade, inclusive, sobre se povo é singular ou plural. Assim como no idioma português, no italiano (*popolo*), no francês (*peuple*), no alemão (*volk*), no espanhol (*pueblo*), o termo é usado no singular. No inglês, *people* significa “pessoas”, sendo usado no plural *the people are*. Ulrich Richter Morales destaca que palavras condicionam o pensamento, logo, não é inesperado que o uso de povo, no singular, se preste a ser concebido como uma totalidade orgânica, como uma indivisível vontade geral, enquanto *the people* indique uma multiplicidade discreta, um agregado

de muitos “cada um”. O singular transmite a ideia de uma entidade; o plural inviabiliza essa ideia (RICHTER MORALES, 2013).

Ainda de acordo com Ulrich Richter Morales, os seis possíveis desenvolvimentos interpretativos do conceito “povo” podem se dar como: (i) literalmente todos; (ii) pluralidade aproximada: um maior número, os mais; (iii) populacho, classes inferiores, proletariado; (iv) totalidade orgânica e indivisível; (v) princípio majoritário absoluto; (vi) princípio majoritário moderado (RICHTER MORALES, 2013). Todas essas acepções com problemas práticos latentes quando se pretende identificar uma “vontade” única.

Cabe destacar que a teoria clássica sobre a soberania popular possui raízes firmes no conceito de Rousseau, a partir do qual revela-se necessário questionar como se dá essa (suposta) unificação entre povo e vontade, ou mesmo o que esse povo possui de comum que seja suficiente para reunir e formar uma unidade política, o que leva a ponderar qual a natureza dessa “harmonia ou consenso” que justificaria esse exercício legítimo de poder. Observa-se que este é um argumento que duplamente coloca a figura povo como fiador (pelo poder constituinte) e garantidor da legitimidade e da autoridade (poder político constituído), ou seja, a “soberania popular” funda e mantém a legitimidade do poder político (ROSA, 2017, p. 13-14). Quando esses aspectos precisam ser instrumentalizados diante de casos concretos, revelam-se como um *nó górdio*.

Conforme Rousseau, o ato que define um povo como tal perpassa pela fundação de uma sociedade política, podendo-se supor a existência de uma unidade inevitável. Questiona o autor que na inexistência de uma convenção anterior inexistiria a obrigação de grupos menos numerosos se submeterem ao que foi escolhido pelos mais numerosos, sendo questionável o direito de imposição da maioria aos grupos minoritários (2006, p. 19 e ss.).

A preocupação é válida, pois há que se determinar qual é o fundamento da legitimidade do povo como um agente coletivo e não apenas uma “mera agregação de indivíduos” e que possa, de alguma forma, superar (ou sustentar) o paradoxo da autoconstituição do povo. A questão é que a contradição envolve reconhecer em um patamar democrático que já havia um povo antes que houvesse instituições democráticas. A partir dessa crença, justifica-se a legitimidade do pacto social que constitui o povo, o qual, paradoxalmente, já existia, para estabelecer o pacto.

O povo, sob o ponto de vista da teoria *rousseauniana*, formar-se-ia enquanto um corpo unido, mas cujo ato primitivo não determinasse ainda as dinâmicas de sua própria conservação. Essa legitimidade de fundação da comunidade política (que poderia ser visto como um exercício de poder original/originário), ou seja, de formação do povo, se diferia do exercício do poder soberano que possui natureza essencialmente legislativa, que representaria a vontade geral em seu conteúdo (ROSA, 2017, p. 18).

A teoria *rousseauniana* de “fundação” do povo não explica, por exemplo, as limitações do poder soberano (poder constituinte) após a constituição dos poderes. Entretanto, como observado por Rosa (2017, p. 19), considerar a obra de Rousseau (2006) é particularmente salutar por oferecer uma visão distintiva entre *poder fundante* dessa “soberania popular” e a dimensão do *exercício* da soberania/autoridade popular. Essa diferenciação é importante quando as análises se desdobram sobre limites dessa autoridade popular (ou seja, uma teoria que possa compreender e explicar a legitimidade democrática de uma limitação da Democracia).

Sobre as manifestações públicas, ainda que existam autores que as classifiquem como povo, as análises podem conduzir a compreensões contrárias. Por população pode ser entendida a “mera expressão numérica, demográfica ou econômica, que abrange conjunto de pessoas que vivam no território estatal ou mesmo permaneça nele temporariamente”, como proposto por Mário Lúcio Quintão Soares, amparado na doutrina de Caetano (1963)³¹⁴. O vínculo que identifica essas pessoas é apenas circunstancial (estarem no mesmo tempo e local), de modo que esse tipo de manifestação é marcado por uma precarização de identidade substancial (SOARES, 2011, p. 143).

Resgatando o exemplo recente das manifestações públicas de 2013, estas evidenciaram “as tensões que subjazem à origem e ao exercício do poder legítimo” do povo reivindicando seu papel de contestador da autoridade, mas ao mesmo tempo não se pode determinar, com precisão, quem é esse povo e o que foi, afinal, seu objetivo. Desse modo, o espaço político é contestado, pois tal era a lógica de desconfiança a respeito de temas diversos que “ninguém parece capaz de satisfatoriamente definir e defender o interesse coletivo” (ROSA, 2017, p. 11).

³¹⁴ Ainda segundo o autor, integram a população “todas as pessoas residentes dentro do território estatal (KRIELE, 1980: 133) ou todas as pessoas presentes no território do Estado, num determinado momento, inclusive estrangeiro e apátridas (BONAVIDES, 1993: 57)” (SOARES, 2011, p. 143).

A partir disso, para se pensar em legitimidade do efeito *backlash* e/ou da limitação da vontade da maioria, é pertinente ponderar como confiar no, ou definir o, interesse do povo (se é que isso é possível). A vontade popular serve como aspecto falacioso de argumentação facilmente moldável aos mais diversos interesses. A “mesma” vontade popular pode servir facilmente para defender interesses diametralmente opostos.

O jogo democrático, especialmente relacionado com a forma como se consolidou, dificilmente apresenta permeabilidade para grupos minoritários. Como destacado pelo filósofo Gonçal Mayos a política oficial e tradicional não quer perder sua cômoda hegemonia e por ela se nega a ceder iniciativa à sociedade civil. As consultas públicas (como referendo e plebiscito) são um exemplo de que a cidadania tem iniciativas e capacidade de gerar projetos que potencialmente agregam muito consenso, mas que chocam com a hegemonia da política oficial e os interesses dessa casta (de políticos oficiais). Assim, se perpetua por trás das leis, regulamentos e instituições, bloqueando a ação cidadã, chegando a negar seu direito de expressão e de voto – que não seja aquele regular do processo eleitoral tradicional de escolha de representantes políticos (MAYOS, 2014a).

Há parcela da teoria que apresenta uma visão otimista com relação à história recente brasileira, destacando, por meio das manifestações de 2013 e pelo dia a dia das discussões nas redes sociais, também na mídia e na vida pública, que haveria um identificável “interesse do povo pela política, ou seja, hiperpolitização e o avivamento da participação popular”, logo “não se pode entender como crise no sentido apresentado por determinada parcela dos comentadores” (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 168).

A participação popular por meio de mecanismos, como petições, passeatas, manifestações públicas, entre outros meios articulados, ilustram uma Democracia representativa, especialmente, indicando um estreitamento das relações entre os representantes políticos e a sociedade civil (MANIN, 2013), o que implicaria reconhecer uma dimensão participativa da (e na) Democracia.

Há que se considerar que essas manifestações, em razão do impressionante número de pessoas que compareceu às ruas, estabeleceu um senso comum que “o povo acordou”, mas não esclareceu, necessariamente “quem é esse povo que até então dormia”, nem a razão pela qual acordou, podendo-se mesmo supor que refletia muito mais “um sentimento compartilhado de insatisfação com a atuação dos representantes e certo diagnóstico de descompromisso com o interesse público” (ROSA, 2017, p. 11).

Manifestações populares podem ser positivas, mas a história recente do país (manifestações de 2013), bem como outros movimentos pelo mundo (conhecidos como *occupy* na América do Norte e Europa), foram marcadas *pela ausência de plataforma política, ausência de uma concepção objetiva de igualdade e a não apresentação de alternativas*, denotando um tipo de atomismo, que, a despeito de manifestar o descontentamento com o sistema vigente, continua sendo *produto da ideologia porque carece de utopia* (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 169).

Trata-se de uma dinâmica em que é difícil estabelecer o que poderia ser identificável como “verdadeira opinião pública”. Para Francisco Rüdiger (2014, p. 52-53), ao analisar a teoria da propaganda totalitária na Alemanha nazista, é possível fixar que a “verdadeira opinião pública” não surgiria do confronto de ideias, como idealizado num cenário democrático, mas “do trabalho de organização” da propaganda como expressão que unifica e comanda a vontade das forças políticas organizadas.

Nesse aspecto, os impulsos das massas passam a ser objetos de disputa pelas forças políticas, de modo que as massas não se conduzem por conta própria em regimes democráticos. O poder de que as massas seriam dotadas intrinsecamente (sobretudo, nas leituras que enxergariam aí uma figura ideal de povo) se dispersaria, se não fosse devidamente aproveitado pela organização. Portanto, a opinião pública não pertence às massas: é uma elaboração dos humores sociais, que tem seus impulsos revolucionários devidamente anestesiados via meios de comunicação sempre que a conveniência assim exigir (RÜDIGER, 2014, p. 52-53).

Logo, não é toda e qualquer manifestação popular que pode ser reconhecida ao grau de importância para que se reconheça um nível significativo de risco de *backlash*. Algumas formatações de manifestações (como as de 2013 ou os *occupy*) se configuram como um movimento social rebelde, contestador, mas que, por estar vazia de alternativas concretas, completas ou estruturadas, apenas representa um romantismo político (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 170).

A questão é particularmente preocupante no que tange à discussão democrática, ao se problematizar a influência das maiorias populares nos rumos políticos (e jurídicos) de uma sociedade democrática. Giovanni Sartori observa que uma maioria popular (o eleitorado) confere poder de influência a uma determinada minoria política (os eleitos), que, por meio de um processo competitivo (fiado em resultados numéricos), angariou maior apoio eleitoral. O processo eleitoral competitivo, *a priori*, produz Democracia (conforme a lógica tradicional). Assim, seria possível extrair que a Democracia é, em si,

uma *poliarquia* (forma de governo em que a soberania reside em uma coletividade ampla), mas não no sentido de haver muitos governantes, mas uma minoria (eleitos) que governa. Essa minoria deve governar com competência, estando obrigada a ser receptiva (ou, seja, responsiva à opinião pública). Sartori destaca que, nas democracias modernas, os guias (eleitos) são guiados (pela opinião/vontade do eleitorado) em certa medida (SARTORI, 1993, p. 104).

Giovanni Sartori, com respaldo em Schumpeter e Friedrich, define a Democracia como um mecanismo que gera uma *poliarquia aberta*, cuja competição no mercado eleitoral (por votos) atribui poder ao povo e impõe aos eleitos um dever de resposta a seus eleitores. O autor apresenta essa definição como descritiva e não prescritiva, que se limita a explicar como a *macrodemocracia* política funciona (SARTORI, 1993, p. 104).

A questão da opinião pública se focaliza como particularmente problemática. Muitas vezes a visão da população sobre os rumos do governo pode não ser a mais adequada ou justa³¹⁵. Em razão do poder midiático, ou seja, da “propaganda”, pode-se estabelecer uma visão manipulada e distorcida sobre o que seria melhor³¹⁶.

Em uma perspectiva mais ampla (no contexto da América Latina) – e com um recorte específico (minorias LGBTQ+) – Javier Corrales destaca que a região *experenciou* duas décadas de progressivas conquistas em matéria de direitos e políticas públicas em prol das populações LGBTQ+, mas que, talvez como uma consequência, um novo *backlash* conservador contra esse progresso tem emergido. Para tanto, Corrales entende *backlash* como um termo para significar a opinião pública contra uma

³¹⁵ Considerando que a preocupação presente da Tese está centrada particularmente na forma como a narrativa de *backlash* impacta e compromete os direitos de minorias não há o interesse em analisar científica e teoricamente as manifestações de teor claramente inconstitucionais e antidemocráticos que têm ocorrido no Brasil nos anos de 2019 e 2020, principalmente. Todavia, há que se pontuar que os atos em “defesa” e apoio ao presidente Jair Bolsonaro pedindo a intervenção militar e o fechamento do Congresso Nacional e do STF, pedindo por um novo AI-5 e ainda por uma intervenção militar com a manutenção do presidente, são exemplos dessa teratológica apropriação do espaço público e do direito de manifestação que pode ser entendido como um reflexo de elites insatisfeitas com as posturas do Legislativo e do Judiciário em face de atos duvidosos e questionáveis, para dizer o mínimo, por parte do presidente e seus ministros. Além disso, o contexto da crise sanitária provocada pela pandemia do COVID-19 gerou por parte do Legislativo e principalmente do Executivo uma série de medidas. Não é possível afastar da categoria de *backlash* as manifestações contra os atos administrativos determinando o fechamento do comércio (*lockdowns*), a limitação da circulação de pessoas, a obrigatoriedade do uso de máscaras, entre outros, como a discussão sobre a obrigatoriedade ou não da vacina. São fenômenos que merecem análises próprias em pesquisas de recorte específico, razões pelas quais faz-se aqui apenas sua menção à guisa de exemplo, de indicação da atualidade do debate do *backlash* no contexto democrático e sua relevância para a Ciência Jurídica.

³¹⁶ Steven Levitsky e Daniel Ziblatt destacam que em 2011, mesmo diante da crise vivenciada pela Venezuela, uma pesquisa do *Latinobarómetro* ao questionar a nota que atribuiriam ao país, considerando a pontuação ser de 01 (que representa “nada democrático”) a 10 (“completamente democrático”) a maioria das respostas atribuiu 8 ou mais (2018, p. 17).

política voltada para o avanço da agenda de um determinado grupo, mas sublinha que direcionar um foco apenas na opinião pública pode potencialmente perder de vista outras formas de *contrarreação*. Para ele, na América Latina os grupos evangélicos e outros grupos religiosos estão utilizando-se de uma posição de vantagem dentro de democracias liberais para bloquear e retroceder os direitos LGBTQ+ arrebanhando apoio de políticos conservadores³¹⁷ (CORRALES, 2019).

Considerando o cenário atual de desenvolvimento tecnológico como arena política, a migração da experiência religiosa para o ciberespaço não pode ser ignorada, notadamente, considerando o papel que lideranças religiosas têm assumido nas narrativas de *backlash* se aproveitando de seu capital simbólico – perspectiva *bourdieuana* – no contexto atual³¹⁸. Miklos (2012) identifica, a respeito disso, que o ciberespaço tem oportunizado a justificação de projetos de lei de teor conservador com passagens religiosas e “defendidas” por lideranças religiosas em seus perfis virtuais, tendo-se como exemplos de propostas legislativas: o Projeto de Lei n. 8.853/2013 – Estatuto da Família –, já mencionado, e o Projeto de Lei n. 5.069/2013 (proposto pelo deputado Eduardo Cunha) em que se criavam empecilhos ao aborto na rede pública de saúde em casos de violência sexual (a despeito de já ser um direito estabelecido no sistema jurídico). Os dois projetos receberam muita atenção e debates nas redes por apoiadores e movimentos de oposição, em uma conjuntura claramente polarizada, mas que está inegavelmente orquestrada na retórica religiosa (e seu capital simbólico), ao tempo em que politicamente constituída sobre valores tradicionais e da pauta de costumes (CESAR; CUNHA, 2018, p. 08-09).

Esse risco da interferência de interesses privados (ainda que representem coletividade, é claro) não deve se impor como uma vontade de todos. É preciso que um Estado Democrático apresente segurança jurídica e estabilidade de entendimentos e que isso se faça orientado por uma progressividade de direitos humano-fundamentais.

³¹⁷ Corrales aponta as massivas marchas organizadas por grupos religiosos (destacadamente evangélicos) com pautas homofóbicas, desde 2015, destacando que no Brasil os evangélicos ajudaram a eleger Jair Bolsonaro “talvez o político mais abertamente homofóbico na América Latina desde 1990” (2019, p. 11).

³¹⁸ O uso do capital simbólico das lideranças religiosas é visível no ciberespaço com “os avanços tecnológicos empreendidos nas últimas décadas, esse processo de cooptação se estendeu para a internet. Segundo o ‘World e-Parliamentary Report’ (2012), 85% dos parlamentos usam algum tipo de mídia social para obter contato com internautas-eleitores. No Brasil, o paper publicado por Rodrigues (2013) revela que os partidos de direita ou de centro-direita são os que mais usam os aparatos online como ferramenta de difusão. Dentre as siglas, apenas cinco possuem acesso direto de seus websites às redes: PSC, PMN, PRB, PEN e PSDB” (CESAR; CUNHA, 2018, p. 08).

Um aspecto pouco explorado na discussão envolvendo o *backlash*, como aspecto democrático constitucional, é a segurança jurídica processual e a estabilidade buscadas no sistema de precedentes, de modo que esse elemento deve ser considerado também nesse caso³¹⁹. Conforme Maneiro e Pulcinelli (2017, p. 199), a teoria dos precedentes obrigatórios, ao ganhar mais relevância sobre o direito positivo, apresenta-se como uma solução para “o problema da indeterminação do [D]ireito”, assegurando “a integridade e coerência do sistema com fundamento na cláusula de segurança jurídica e isonomia”. Os autores observam que os Tribunais não podem prescindir de considerar as mudanças sociais ao interpretar o sentido constitucional da norma, de modo que a superação da jurisprudência não seja impedida pela obrigatoriedade do precedente, ou seja deve-se, no processo interpretativo, “conciliar a prática da *strategic litigation* que busca a vinculação de precedentes como garantia de transformação da realidade social” com a garantia da “respectiva continuidade ínsita à própria evolução dos direitos fundamentais” não tolhendo a criatividade judicial para que inove nas decisões quando julgar mais adequado fazê-lo à luz do contexto social e temporal (o que, todavia, indica a transformação do posicionamento judicial e um maior amadurecimento da Ciência Jurídica). O precedente auxilia na transformação da realidade sempre que não imobilizar a possibilidade de superação de posicionamentos mais condizentes com as “novas” realidades sociais (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 199).

O respeito aos precedentes não deve vincular de modo que signifique *imutabilidade*, sendo possível, excepcionalmente, modificá-los considerando a transformação de valores, desenvolvimento científico e de novas tecnologias e demais aspectos com impactos na mudança de sentido da norma constitucional. O Judiciário pode superar sua própria jurisprudência levando em conta ao progresso da sociedade, por meio da técnica conhecida como *overruling* (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 199).

Silva (2014, p. 109-110) destaca que o *overruling* “é a forma mais radical de superação de precedentes e ocorre quando o tribunal modifica a forma de resolver um determinado caso que, anteriormente, era regulado por um precedente”, de modo que implica a anulação da *ratio decidendi* anterior por meio de uma decisão oposta (juízo negativo) posterior que substitui esse precedente revogado. Silva ainda observa que essa

³¹⁹ Ao considerar o sistema de precedentes como um elemento de estabilidade do sistema jurídico, é possível agregar uma camada extra de proteção para os direitos já positivados em sede de jurisdição constitucional no âmbito de litígios estratégicos.

superação (ou seja, abandono de um determinado precedente como norma reguladora de uma dada questão) implica uma nova justificação (contrária) quanto à validade de uma regra tida como correta. O autor, entretanto, evidencia que o *overruling* deve ser usado apenas quando amparado por “critérios e limites no seu manejo, a fim de evitar que a alteração de precedente perturbe a base da confiança criada” e, com isso, “a sistematização das hipóteses de cabimento” precisa se limitar apenas em “reais situações que o legitima”. Dito de outra forma, seu uso deve dar dentro de “limites e diretrizes de sua aplicação”, considerando princípios constringentes para sua aplicação (SILVA, 2014, p. 109-110).

É preciso, acompanhando o pensamento de Silva, considerar que, para a superação de um precedente via *overruling*, sejam evocadas, cuidadosamente, as ponderações sobre as necessidades de *estabilidade* e *mudança*. O autor, para tanto, oferece como questões relevantes as seguintes perguntas a serem consideradas antes da adoção do *overruling* para modificação da jurisprudência: (i) a existência de melhoria da regra presente no precedente atual e (ii) que argumentos devem ser considerados para avaliar a melhoria da (e na) formulação de uma nova regra. É preciso que essas questões apontem para “justiça, certeza e coerência” como elementos justificadores da superação de um precedente estabelecido, ou seja, como um filtro ou parâmetro que aponte e promova o desenvolvimento (no sentido de melhoramento) do Direito (SILVA, 2014, p. 110-111).

A legitimidade democrática de uma superação de precedente, à luz dessa preocupação processual (dentro de uma perspectiva de um processo judicial democrático em sua substância e não apenas dentro de uma perspectiva formal), também em alguma medida envolve observância do princípio da vedação de retrocesso, visto que a superação de um precedente não deve(ria) implicar uma postura regressiva do Poder Judiciário – especialmente, com relação a direitos humano-fundamentais.

Sobre o princípio de vedação ao retrocesso, Queiroz (2006) apresenta contornos conceituais relevantes para as reflexões aqui presentes. É necessário destacar que a preocupação quanto a possíveis retrocessos em matéria de direitos fundamentais foi também compartilhada pela Constituição Portuguesa que, expressamente, previu esse princípio, no sentido de impedir que houvesse diminuição quanto a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

O Tribunal Constitucional Português reconheceu que a posituação de um determinado direito implica a proteção constitucional desse direito (ou criação estatal),

de modo que é vedado ao Estado “voltar atrás” descumprindo o que positivou, sob pena de se colocar na posição de um “devedor” perante a sociedade e os cidadãos. Queiroz observa que essa lógica portuguesa alia uma postura positiva (oferecer ou reconhecer e positivar um determinado direito) perante um direito constitucional, com uma imediata obrigação negativa concomitante (não revogar esse direito, obrigando-se a abster-se de agir contra esse direito constitucional reconhecido) e complementar (QUEIROZ, 2006, p. 116).

Queiroz, analisando a perspectiva portuguesa desse direito e com apoio na doutrina de Canotilho (2004), deixa claro que não se trata de tornar a ordem jurídica rígida (ou também se poderia dizer “engessada”), como se fosse impossível questionamentos ou mudança nos instrumentos legais produzidos na efetivação dos direitos, mas no sentido de impor uma proteção constitucional para dada situação normativa (em sua substância e resultados alcançáveis e alcançados) de modo que recebam uma proteção (estabilidade) e segurança (princípio da confiança no Estado). Assim, com base nas reflexões de Novaes (2010), Queiroz aponta que, para que não ocorra prejuízo da proteção e da confiança, as mudanças (ou revogações de direitos) devem ser feitas concomitantemente com alternativas e compensações que garantam a estabilidade e a segurança, atendendo de forma suficiente o dever estatal de proteção dos indivíduos (QUEIROZ, 2006, p. 116).

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, na obra *Como as democracias morrem* (2018), observam que é por meios “legais” que muitos governos subvertem a Democracia (aprovados pelo Legislativo ou aceitos pelos tribunais), podendo receber um *verniz* de medidas que se prestariam para aperfeiçoar a Democracia. A liberdade de imprensa continua formalmente (mas, nos bastidores, a mídia é comprada ou intimidada, gerando a autocensura). Os cidadãos, nessas circunstâncias, continuam com a liberdade de criticar o governo (mas suas atenções acabam sendo “conduzidas” para impostos ou outros aspectos legais). Essa “máscara” de democracia confunde as pessoas as quais, como se estivessem diante de uma cortina de fumaça, não percebem os riscos à Democracia e acreditam que estão vivendo em uma ambiente democrático perfeito. Essa articulação é construída de forma sutil para não “disparar os dispositivos de alarme da sociedade” e a “erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17). Medidas parlamentares, populares ou judiciais que ferissem a estabilidade ou a confiança no Estado e sistema jurídico poderiam ser estratégias de erosão democrática.

Tais são as dimensões de trabalhosa análise que implicam a necessidade de repensar continuamente o que se entende por Democracia. Os contextos podem apontar arestas difíceis de serem aparadas, bem como contradições e dilemas considerando Democracia e direitos humano-fundamentais³²⁰. Democracia significa, como observado, “poder do povo”, mas é questionável se este deve participar de todo e qualquer tipo de tomada de decisão. Como determinar o que o povo quer dizer sem converter o sistema em uma democracia plebiscitária ou *referendária* insustentável é um aspecto chave dado a dimensão territorial e populacional brasileira (além do inchaço dos temas de interesse público).

A suposta vontade da maioria ou a pretensa figura hermética do Parlamento como “divino tradutor” da vontade popular poderiam, sob o argumento da soberania popular, legitimar discriminações, discursos de ódio, perseguições contra minorias e grupos vulneráveis, retorno à escravidão negra, holocausto de povos indígenas ou judeus, ou extermínio de refugiados (ainda que pelo abandono em mar aberto), por exemplo.

A questão é mais complexa do que poderia aparentar em um primeiro momento, pois a fundação de um determinado Estado se dá unicamente pela legitimação de um “povo” unificado cuja unificação não apresenta qualquer instância real identificável (ESPEJO, 2011 *apud* ROSA, 2017, p. 17). Entretanto, se não se pode conceber como legítimo que a entidade “povo” tenha uma única vontade, também se estaria deslegitimando os poderes constituídos e a Constituição os quais se originam a partir dessa entidade. Essa é uma “charada” teórica relevante.

Se a concentração de poder nas mãos de um soberano foi a razão da separação dos poderes para evitar que esse excesso pudesse corromper o indivíduo (ou entidade), é consequencial enxergar o risco de se atribuir poder ilimitado à vontade popular majoritária como se ela representasse (indiscutivelmente) o “povo” (essa entidade indefinível e cuja vontade é indecifrável). A adulação pública, os discursos populistas e o uso de psicologias sociais adequadas são capazes de conduzir a opinião pública. o que incorre reconhecer a necessidade de que existam atores nesse jogo democrático que

³²⁰ Gabriel Leite Mota faz uma análise interessante sobre essas reflexões envolvendo uma leitura humanista da democracia em seu artigo de opinião Democracia e direitos humanos: um dilema? (2013), considerando que as democracias ocidentais são marcadas pelo que ele chama de *humanocracia*. O autor defende ser a democracia dotada de uma “propriedade de autoaprendizagem”, de modo que a (con)vivência democrática desenvolveria formas apropriadas de lidar com o conflito buscando sua estabilidade. A presente tese, ainda que considere parcialmente a lógica desse raciocínio entende a necessidade de limitações de direitos em prol das minorias em uma visão prospectiva do que poderia mesmo ser reconhecida como uma *preocupação democrática intergeracional*.

possam limitar tal poder quando este se mostrar abusivo (e ilegítimo). Trata-se de compreender que Executivo, Legislativo, Judiciário e “Povo” (como um *quadripé*) devem se complementar, devendo haver escuta mútua (para um verdadeiro diálogo) e intervir quando um (ou mais) dos outros se mostrarem excessivos. Isso permite que todos sejam partícipes do processo democrático, sem colocar em risco os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Esse é o verdadeiro cenário de uma Democracia nos moldes necessários para o contexto global atual – especialmente, no caso brasileiro.

Para que ocorra uma abertura epistemológica em diálogo com problemas contemporâneos (no que se refere a discutir um conceito e um real exercício de Democracia) é necessária uma mudança cognitiva do fenômeno democrático, a qual implica o abandono da teoria clássica de separação dos Poderes, ou que se compreenda que essa teoria, tal como “sacralizada” no senso comum (teórico), não mais corresponde à sociedade política atual. Essa nova epistemologia resulta no reconhecimento de um formato que favoreça (novos) processos de inclusão e assegure “uma nova dinâmica na compreensão do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais” (ALVES, 2013, p. 324). Com isso, defende-se que processos de participação são legítimos e democráticos, mas não podem servir como argumento de “salvo conduto” para os Poderes Constituídos subverterem a Democracia por meio de medidas que ameacem a existência de minorias e grupos vulneráveis, ou lhes ameace direitos conquistados. Os Poderes Constituídos e a participação popular devem atuar conjuntamente, em uma lógica dialógica, dentro de limites constitucionalmente estabelecidos.

Quanto ao impacto dos discursos e narrativas extremistas entre direita e esquerda e, mais do que isso, quanto à necessidade de serem estruturadas as teorias de proteção das minorias e dos grupos vulneráveis que não instrumentalizem argumentos contrários a esses grupos, é preciso dizer que o *backlash* – como um fenômeno social e institucional que também é cultural – implica a obrigatória preocupação quanto ao caráter de um campo de disputa discursiva e de significado.

Nesse sentido, é necessário resgatar as reflexões desenvolvidas por Antônio Flávio Pierucci em *Ciladas da Diferença* (1990). Na década de 1990, fica demonstrada a existência de um pensamento conservador no Brasil, o qual muito se igualava ao conservadorismo burguês da Inglaterra na primeira metade do século XX. Essa situação ainda hoje (fim da segunda década do século XXI) se faz presente no cenário brasileiro nas visões conservadoras e reacionárias apresentadas por uma extrema direita e grupos

religiosos fundamentalistas. Pierucci, com respaldo em Eysenck (1950) e Rémond (1982), indica que “mais que uma fórmula de governo, o pensamento, a mentalidade e a sensibilidade da direita articulam uma concepção global de sociedade a um modo de sociabilidade”, com isso querendo dizer que a *ultradireita contrarrevolucionária* prescrevia a restauração da sociedade à ordem tradicional, mais social que política.

Esse pensamento gera uma demanda de preservação ou retorno à determinada forma de sociedade como uma aspiração fundamental da lógica *contrarrevolucionária*. Pode-se dizer que “a direita inseriu em seu núcleo mais resistente a pretensão de conservação social”. Nesse sentido, se conjugam uma série de práticas (que envolvem distinção, intolerância, segregação, entre outras), a busca pela restauração moral e preconceitos relativos à “uma necessidade sempre auto-referida [sic] de preservação” (PIERUCCI, 1990, p. 10).

Pierucci destaca que a bandeira de defesa das diferenças foi originalmente da direita, e com traços permanentes, visto que “funcionando no registro da evidência, as diferenças explicam as desigualdades de fato e reclamam a desigualdade (legítima) de direito” (1990, p. 11). Por ser de fácil conversão em uma narrativa simplificada, o autor observa que “todo conservador, mesmo aquele não muito elaborado intelectualmente, tem quase sempre a boa consciência de estar expressando a opinião de todos, instalado desde logo na convicção de que a opinião pública está com ele”, e, com isso, celebra, de forma *autorreferida*, a crença “da diferença e a repulsa aos diferentes”, negando a existência destes e, simultaneamente, firmemente se recusando a conviver com a diferença e com o diferente (PIERUCCI, 1990, p. 13). O discurso conservador se apoia no “empirismo raso” da identificação visual, comportamental e/ou cultural da diferença para justificar o tratamento desigual nas relações sociais, o que inclui o reconhecimento de direitos. Nega-se a existência do diferente como *um igual* e o diferente é visto como alguém (ou algo) a ser combatido e eliminado.

A bandeira da diferença posteriormente foi apropriada pelos movimentos sociais de esquerda que passaram a teorizar com maior destaque o “direito à diferença” e o reconhecimento da diferença, estabelecendo construções de diferenças culturais e de leituras de mundo de grupos dentro de uma mesma comunidade. Pierucci (1990) salienta que, por exemplo, o movimento feminista, ao defender que homens e mulheres eram diferentes, estabeleceu uma lógica de que as mulheres teriam culturalmente interesses próprios, não compartilhados com “visões masculinas” de mundo – o que, estrategicamente, passou a ser usado contra os próprios movimentos. Em razão disso, é

preciso pensar em que medida a *diferença* deve ser um axioma para a luta no reconhecimento de direitos quando um plano mínimo de igualdade no acesso dos direitos ainda não foi estabelecido de forma satisfatória.

Pierucci observa que a celebração neobarroca da diferença (nessa atmosfera pós-moderna) “assusta muito pouco as cabeças de direita, mais ou menos elaboradas ou espontâneas” encarando essa celebração como um discurso palatável e familiar. Entretanto, existe uma ojeriza feroz quanto ao discurso dos Direitos Humanos em razão de ser um “discurso revolucionário da igualdade”, seja diante da lei, de condições econômicas ou a igualdade ao nascer. A denegação do direito é mecanismo comum de várias formações históricas de direito como instrumento contra o (ou o assim considerado) diferente (1990, p. 14).

Para exemplificar a necessidade de uma abordagem racional e estratégica dos debates “igualdade-versus-diferença”, Pierucci menciona o *Caso Sears*, o qual se deu no fim dos anos de 1970 e no início de 1980, quando o debate feminista tematizava positivamente a reflexão teórica da diferença. Esse movimento de apropriação por parte da esquerda do discurso da diferença (que se edificou originariamente como uma pauta da direita conservadora) representou mais do que um deslocamento do campo ideológico para o campo político-doutrinário, mas revelou-se um “deslocamento dos fundamentos da diferença, que de naturais e biológicos passavam agora a ser culturais” (1990, p. 19). O caso é analisado por Pierucci como meio de criticar a visão cristalizada que se construiu à época, como se o movimento feminista pudesse ou buscar pela igualdade ou pela diferença, sendo esta a mais difundida, encarada como superior àquela.

O *Caso Sears*, em resumo, envolveu o litígio proposto pela *Equal Employment Opportunities Commission* (EEOC), no ano de 1979, em face da *Sears, Roebuck and Company*³²¹ por discriminação sexual quando da contratação para as seções de melhor remuneração³²², tendo ocorrido o julgamento nos anos de 1984 e 1985, na Corte Distrital de Chicago, Illinois. O caso versou sobre a lógica da igualdade e diferença na perspectiva historiográfica feminista como pontos de vista de acusação e defesa para o julgamento. A Sears buscava justificar a discriminação com base nas diferenças de interesses entre homens e mulheres, enquanto a acusação buscava apresentar o

³²¹ A companhia era, com exceção do setor público, o maior empregador de mulheres nos EUA na época (PIERUCCI, 1990, p. 20).

³²² O setor com melhor remuneração era a de seção de vendas por comissão que apenas era destinada aos homens.

argumento da igualdade para demonstrar que o tratamento diferenciado era discriminatório. Para tanto, o processo contou com a presença de duas historiadoras feministas em posições processuais opostas, o que resultou em “provas históricas” conflitantes (PIERUCCI, 1990, p. 22-23).

A defesa, para deslegitimar os argumentos apresentados pela historiadora que figurava como testemunha de acusação, usou obras publicadas dessa historiadora que, academicamente, defendia em suas pesquisas a existência da “diferença cultural” entre homens e mulheres. Com a contradição de argumentos por parte da acusação, o caso foi decidido pela inexistência de tratamento discriminatório em uma situação que, segundo o processo, se configurava apenas como um reconhecimento de interesses diferentes entre os gêneros.

Essa ocorrência é pertinente para destacar que as abordagens teóricas não devem ser opostas, mas complementares, visto que a lógica da diferença cultural é segregativa e, nesse sentido, “politicamente destrutiva” para usar a expressão de Pierucci. O autor destacou que a discriminação (ainda que ele esteja particularmente falando da discriminação sexual, mas suas considerações são aplicáveis em uma leitura ampliada) está inserida em um “jogo político [mas] também [como] uma guerra semântica” e o *caso Sears* transformou a discriminação sexual em uma diferença cultural. Serviu, também, como alerta para um amadurecimento do campo discursivo como dimensão do político.

Como observa Pierucci, em tempos de crescimento de movimentos conservadores, o caminho para os “novos” movimentos sociais ainda é o argumento da *igualdade*. Obviamente, isso não significa negar as diferenças, mas perceber esses conceitos, estando a igualdade na diferença, e nesta residindo o sentido da igualdade (PIERUCCI, 1990, p. 27).

As discussões dentro de uma perspectiva constitucional democrática importam considerar essas questões. Além disso, se, para a direita conservadora reacionária, o caminho é a maximização da diferença, hierarquizante e excludente, as dimensões do debate das minorias e dos grupos vulneráveis no âmbito dos Tribunais deve ser no fortalecimento da igualdade em um primeiro momento, especialmente, porque nesses espaços oficiosos há ampliação da visibilidade das pautas e de seus argumentos. A identificação da dimensão da diferença (no tratamento dos casais homossexuais) como razão de fortalecimento da igualdade (na concessão do direito de constituir família

reconhecida pelo sistema jurídico) dentro de uma perspectiva democrática é a preocupação da Parte II da presente tese.

CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

O ambiente democrático é marcado por um contrassenso natural como condição de sua existência. A Democracia é uma quase aporia ou contradição de si como uma espécie *sui generis* de *ouroboros*, devorando-se para continuar existindo em uma dinâmica de renovação. Lida como um sistema complexo, com capacidade de *autoaprendizagem* e adaptação, a Democracia assimila as limitações de sua atuação (na dualidade de consenso desejado e dissenso inegável) e desenvolve elementos para sua perpetuação.

Essa realidade de tensão na Democracia não pode ser vista, necessariamente, como uma crise, mas como situações em que uma disruptura pode ser possível para que aquela possa se reinventar sem perder sua essência e propósito. Esse *insight* disruptivo pode se dar pela remodelação inteligente dos fatores antes existentes em prol da sobrevivência do próprio sistema e seu desenvolvimento progressivo.

Nessa perspectiva, sua (re)leitura – bem como das limitações dos poderes constituídos – deve ser objeto de crítica e se colocar aberta à mudança. Isso permite perceber que o modelo liberal de Democracia já não atende as demandas da população, além do que revela que o sistema representativo de organização precisa urgentemente ser repensado para renovar suas bases de legitimidade.

O uso de outras arenas de representação para discussão de direitos tem provocado reações de grupos que predilecionam a manutenção do status quo. Além disso, o uso não ortodoxo da jurisdição constitucional para reconhecer direitos de minorias e grupos vulneráveis, provoca o descontentamento tanto de conservadores quanto de procedimentalistas/tradicionalistas que querem insistir que o princípio majoritário ou o espaço supostamente representativo dos Parlamentos seriam as melhores dinâmicas para reconhecer ou não direitos.

Por fim, uma mudança cognitiva do fenômeno democrático (especialmente orientado pelo constitucionalismo) implica o reconhecimento de que o ideal de *liberdade* é elemento essencial para o Estado Democrático de Direito e para a Democracia. Indivíduos sem liberdade plena não são livres. Entretanto, a liberdade deve ser vista também como um exercício limitado quando ela se configura como mecanismo de obstáculo ao exercício de outros, aqui especialmente considerada a capacidade de indivíduos que pertencem aos grupos minoritários exercerem sua liberdade – como a de

constituir uma família sem interferência estatal negativa ou constrangimento social de maiorias ilegítimamente (do ponto de vista dos direitos humano-fundamentais).

A configuração de um Estado Democrático (Constitucional) de Direito deve ser construída de modo que a importância da liberdade seja, de fato, um princípio e um fundamento da experiência democrática, de modo que a liberdade tem que ser de todos e a liberdade da escolha majoritária de uns, não resulte em limitação ilegítima da liberdade privada de outros. Além disso, considerando que o Legislativo não tem respondido a isso, é necessário limitar sua liberdade de legislar (mesmo sem vinculação obrigatória aos precedentes estabelecidos pelas Cortes Constitucionais) quando essa liberdade de legislar ofende os princípios constitucionais e aspectos substantivamente democráticos.

As liberdades (e demais direitos) das minorias e dos grupos vulneráveis se encontram ameaçadas pelo efeito *backlash*, pois ele representa a ditadura da maioria utilizando-se do processo eleitoral ou participativo como a pretensa “legitimação” democrática. Isso não é Democracia. Assim, é fácil contextualizar como a “categoria” liberdade deve ser respeitada e limitada, dentro de uma relação entre “Democracia” (todos devem gozar de iguais liberdades legítimas), “poderes constituídos” (que devem ter sua liberdade de agir limitados pelos preceitos constitucionais e democráticos), “participação” (a maioria não é titular do direito de alienar os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis ainda que supostamente amparados pelo princípio majoritário) e “desconfiança” (a atual configuração fática e teórica da arquitetura democrática precisa ser repensada considerando onde se perpetua institucionalmente a desigualdade).

Parte II – EXCLUSÃO: Direitos Fundamentais e a Reflexão Jurídica

Ele me humilhou, (...) fez que meus amigos se arrefecessem, encorajou meus inimigos. E tudo, por quê? Por eu ser judeu. Os judeus não têm olhos? Os judeus não têm mãos, órgãos, dimensões, sentidos, inclinações, paixões? Não ingerem os mesmos alimentos, não se ferem com as armas, não estão sujeitos às mesmas doenças, não se curam com os mesmos remédios, não se aquecem e refrescam com o mesmo verão e o mesmo inverno que aquecem e refrescam os cristãos? Se nos espetardes, não sangramos? Se nos fizerdes cócegas, não rimos? Se nos derdes veneno, não morremos?.

William Shakespeare em *O Mercador de Veneza* (ato III, cena I)

Capítulo V. O DIREITO DAS MINORIAS NAS CONSTITUIÇÕES E TRATADOS: PARLAMENTO E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jovem encantador,
 Dize-me: por que, triste e suspirante, erras
 Nestes reinos aprazíveis? Peço-te, dize-me:
 Qual o teu verdadeiro nome? “Meu nome é o Amor.”
 Então, o primeiro virou-se para mim,
 E gritou-me: “Ele mente, porque o nome dele é a Vergonha.
 Eu é quem sou o Amor, e costumava estar aqui
 Sozinho, neste belo jardim, até que ele chegou
 Como um intruso durante a noite. Sou eu o verdadeiro Amor, que anima de
 uma chama mútua os corações dos rapazes e das moças.
 Então, suspirando, o outro disse: “Segue tua fantasia,
 Porque eu, eu sou o *Amor que não ousa dizer seu nome*”.
 Lord Alfred Douglas (Dois Amores³²³, 1894).

O direito das minorias e dos grupos vulneráveis na discussão do constitucionalismo envolve pensar nos mecanismos que materializam a dignidade da pessoa humana por meio da plena fruição dos direitos humano-fundamentais, sob pena de que se reitere uma realidade onde a Democracia comporta cidadãos de segunda classe (ou subcidadãos) o que seria (ou deveria ser) absurdo.

Ainda que o termo *direitos fundamentais*³²⁴ seja amplamente utilizado nas mais diversas narrativas para justificar posicionamentos que se colocam em posições conflitantes³²⁵ – e havendo a compreensão de que *dignidade da pessoa humana* é um princípio norteador –, é uma preocupação da presente tese estabelecer uma conceituação mínima para o entendimento do valor desses elementos. A partir desse posicionamento, cabe observar que o princípio da dignidade se forma por um substrato material com desdobramentos (princípios e valores) muito caros à Democracia.

³²³ Lord Alfred Douglas foi amante de Oscar Wilde (a quem, muitas vezes, se atribui erroneamente a autoria do poema) e nessa manifestação artística apresenta três personagens: o Poeta (que interage com os outros dois personagens), o Amor Heterossexual (que reivindica para si o título de amor verdadeiro, por animar o coração entre pessoas de gêneros diferentes, alegando que seria o amor original), e o Amor Homossexual (chamado pelo outro de Vergonha e quem teria surgido como um intruso, indicando a marginalização do amor homoafetivo, considerado vergonhoso e que se manifestava às escondidas).

³²⁴ Consoante a lição de Vladimir Brega Filho a CRFB/88 conferiu grande destaque (com referências não sistematizadas) aos direitos fundamentais sem, contudo, definir seu conteúdo ou mesmo estabelecer uma expressão única. O autor observa que o texto constitucional de 1988 tem as expressões *prevalência dos direitos humanos* (Art. 4º); *direitos e garantias fundamentais* (Título II); *direitos e deveres individuais e coletivos* (Capítulo I); *direitos e liberdades fundamentais* (Art. 5º, XLI); *direitos e garantias fundamentais* (Art. 5º, §1º); *direitos sociais* (Capítulo II e Art. 85, III); *direitos políticos* (Capítulo IV; Art. 68, § 1º, II e Art. 85, III); e *direitos fundamentais da pessoa humana* (Art. 17). Além dessas, o texto constitucional ainda conta com expressões *direitos da pessoa humana* (Art. 34, VII, b); *direitos e garantias individuais* (Art. 60, § 4º, IV) e *direitos individuais* (Art. 145, § 1º, Art. 68, II e Art. 85, III) (BREGA FILHO, 2002, p. 41).

³²⁵ Os direitos fundamentais podem servir (e tem servido) de fundamento teórico-filosófico para cercear direitos de minorias, por exemplo, a liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento (liberdade de expressão), entre outros.

As críticas à leitura tradicional da Democracia abarcam a reflexão sobre os limites dos atores sociais e institucionais envolvidos. É necessário acompanhar as considerações de Axel Honneth (2015, p. 46), quando afirma que a ideia de liberdade do indivíduo, a qual consiste que a busca (e, por consequência o alcance) de seus interesses individuais não pode ser impedida por forças alheias, está arraigada no individualismo moderno.

O reconhecimento da liberdade implicaria assumir que os indivíduos poderiam agir mostrando que não sofrem qualquer influência (como uma liberdade absoluta), admitindo a existência de uma “liberdade anterior à concepção de um ordenamento jurídico-social” (HONNETH, 2015, p. 110)³²⁶. Entretanto, dentro de uma Democracia regida por um sistema jurídico, o caráter supostamente absoluto dessa concepção de direitos está limitado pela necessidade de estabilidade e existência da sociedade organizada. Nesse sentido, o direito à igualdade é invocado como uma restrição do exercício da liberdade, tanto do Estado (em seus poderes constituídos) quanto da sociedade e dos indivíduos nela inseridos.

O regime jurídico dos direitos fundamentais revela a necessidade de definição das diferentes expressões³²⁷ utilizadas na CRFB/88, em razão das consequências para a interpretação constitucional. Nesse sentido, direitos fundamentais é uma expressão preferida pela doutrina e mais presente no texto constitucional, ainda se prestando a ser gênero nas análises e categorizações do tema (BREGA FILHO, 2002, p. 65-66).

Cabe destacar que “os direitos fundamentais ocupam posição central na Constituição e no ordenamento jurídico” e que “juntamente com outros princípios estruturantes constituem aquilo que é conhecido como Constituição material”, de forma que, “por conta da sua importância, há uma preocupação com a sua realização concreta para que tais direitos não se transformem em mera promessa constitucional inconsequente” (MARINHO; BORGES, 2014, p. 37).

³²⁶ A perspectiva da liberdade de atuação dos poderes constituídos e a desconfiança da liberdade de participação dentro de uma Democracia Constitucional se encontra presente na Parte I da presente tese.

³²⁷ Como observado por Brega Filho, termos diferentes não devem possuir, em regra, o mesmo significado jurídico ainda que o legislador constituinte, em alguns casos, tenha usado termos iguais para dizer coisas diferentes (2002, p. 65). Ainda que seja relevante considerar o significado e as particularidades de cada expressão adotada pelo texto constitucional não será objeto de aprofundamento na presente tese. Para saber mais sugere-se a leitura de “Direitos fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões” de Vladimir Brega Filho (2002) que melhor enfrenta o tema.

Esse substrato envolve reconhecer, simultaneamente: (i) o sujeito moral que reconhece a existência de outros como sujeitos iguais³²⁸; (ii) a partir desse reconhecimento de igualdade entre os sujeitos, se reconhece que são todos detentores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) o indivíduo dotado de dignidade é dotado de vontade livre e de autodeterminação; (iv) esse sujeito também é reconhecido como parte do corpo social. Logo, por extensão, qualquer dano (ou lesão) sofrido sobre os desdobramentos da dignidade humana, serão violações aos princípios da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da integridade psicofísica (MORAES, 2007, p. 83-85).

A dignidade da pessoa humana demanda, portanto, que todos esses aspectos sejam observados, de forma que todos os direitos fundamentais e humanos sejam reconhecidos e preservados, pois a dignidade humana apenas existe (e resiste) em sua integridade. São os princípios que contribuem para o resgate de uma significação moral e material do sistema jurídico, o que se sustenta a partir da constelação de valores eleitos dentro de um determinado sistema – que considera tanto as produções normativas positivadas e doutrinárias (nacional e internacionalmente) reconhecidas.

Nesse sentido, extraíndo algumas ponderações das lições de Brega Filho (2002), quando se discute a necessidade de um norteamento para a interpretação jurídica (bem como toda a produção jurídica) resgatando o valor moral do Direito, uma bússola possível é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois, com natureza de uma *soft law* proclamatória de normas, possui significado moral consagrando a ideia de direitos universais. Essa eleição de valores e significados – discutidos em sede da sociedade internacional – passaram por validação com as declarações e tratados internacionais (*hard law*) que conferiram a esses direitos (dotados de significado apenas moral até então) eficácia jurídica (BREGA FILHO, 2002, p. 17-18).

³²⁸ Como se percebe nas críticas de Rancière em sua teoria democrática (2014) a igualdade não é, nem nunca foi, uma ficção jurídica ou política, mas “a mais banal das realidades”. Todavia essa percepção foi distorcida para justificar as relações de privilégio e desigualdades, como construções históricas que foram legitimadas e/ou aceitas pela comunidade, ou seja, socialmente toleradas (GAVIÃO, 2015, p. 499). A afirmação de que todos são iguais no ponto de partida (igualdade política) ignora as relações de poder dentro de uma sociedade (desigualdades materiais), de modo que os privilégios individuais ou de grupos são vistos como pontos de chegada conquistados por mérito, logo não passíveis de questionamento. A mesma perspectiva se apresenta na seara política e que demonstra a injustiça dos procedimentos políticos tradicionais: se todos são iguais (princípio da igualdade política) ter ou não ter um direito reconhecido no Parlamento é uma questão de “mérito político”, todos partem (em tese) do mesmo ponto, mas os grupos com as melhores razões, argumentos políticos e organização conseguem se fazer representar (bem como seus interesses) no Parlamento. É um procedimento que apenas invisibiliza as relações de poder e desigualdades materiais que refletem na impossibilidade de conquistas políticas nos meios tradicionais.

As reflexões sobre o gozo dos direitos fundamentais vinculam a discussão da Democracia com a cidadania se por cidadania for possível considerar o vínculo jurídico entre Estado e indivíduo, o que torna este último “portador de direitos e deveres fixados por uma determinada estrutura legal (Constituição, leis)”. Cidadãos, nesse contexto, são livres e iguais perante a lei, ao menos em tese, sendo “súditos” do Estado por entender-se, nos regimes democráticos, que participaram e/ou aceitaram “o pacto fundante da nação ou de uma nova ordem jurídica” (BENEVIDES, 1994, p. 07).

Esse vínculo de cidadania é válido na medida em que a discussão dos direitos fundamentais das minorias e dos grupos vulneráveis na perspectiva da igualdade perpassa pelo reconhecimento estatal de sua condição e consequentemente da posição do Estado de garantidor desses direitos. Tal ponto de vista adotado para a análise considera a herança histórica de marginalização das minorias e dos grupos vulneráveis, com claro destaque para as populações LGBTQ+, tratadas, na maior parte das vezes, como não cidadãos ou cidadãos de segunda ou terceira categorias. O primado da igualdade prometido (ou esperado) em uma sociedade democrática (onde todos seriam livres e iguais) se mostra aspecto deficitário para esses grupos que se percebem privados de possibilidades básicas (como o exercício do direito de formação de uma família)³²⁹.

Pessoas homossexuais sempre tiveram as mesmas obrigações, deveres cívicos e encargos de pagamento de impostos que couberam às de orientação afetivo-sexual heterossexual (compartilhando as incumbências exigidas de um indivíduo como “devedor” do Estado), mas nem sempre tiveram sua condição de cidadãos reconhecida de fato (nos benefícios destinados aos indivíduos na condição de “credor” do Estado)³³⁰.

A pauta de luta pelos direitos fundamentais deve considerar, portanto, sua relação com os movimentos sociais, em razão da institucionalização de ambos no processo dialético da Democracia e da conquista de direitos³³¹. Essa relação ainda é

³²⁹ Nunca é demais considerar que, dada a herança histórica e cultural do Ocidente, a família se configura como célula básica da sociedade. Logo, é inegável reconhecer que a família ocupa um espaço simbólico e prático importante para as relações humanas e para a realização da dignidade da pessoa humana.

³³⁰ Aqui a tese destaca que a relação indivíduo-Estado é uma obrigação bilateral, com direitos e deveres recíprocos. Entretanto, quando se trata da cidadania LGBTQ+ há um visível desequilíbrio.

³³¹ É possível perceber que os sujeitos políticos, responsáveis por efetivar a Democracia, existem “no intervalo entre diferentes nomes de sujeitos”, já que “os sujeitos políticos não se identificam como ‘homens’ ou agrupamento de populações nem com identidades definidas por textos constitucionais”, tratam-se de sujeitos que “se definem sempre por um intervalo entre identidades, sejam essas identidades determinadas pelas relações sociais ou pelas categorias jurídicas” (RANCIÈRE, 2014, p. 76-77). Os sujeitos políticos realizam a democracia na ação nessas relações sociais e categorias jurídicas e são identificados por elas.

pouco considerada a despeito da relevância de sua contribuição para a construção de uma nova visão da dignidade humana.

A (re)construção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e a (re)leitura da Democracia a partir deles, deve considerar a luta dos “novos” movimentos sociais como a organização da comunidade LGBTQ+³³². Esse viés de análise é fundamental para que seja possível obter a mudança e transformação dos direitos e da democracia com o processo de sua institucionalização pelos Estados. Estevão ainda destaca que essa institucionalização coloca Direito, Democracia e movimentos sociais em uma posição ambígua, pois, ao mesmo tempo em que podem ser usados para desafiar o poder estatal, podem perder sua força e se transformarem em ferramentas a serviço desse poder (ESTEVÃO, 2010).

Esse receio pode ser exemplificado quando os movimentos são capturados por determinados partidos políticos ou políticas públicas que podem, por um lado, usar o capital político desses movimentos como massa de manobra e/ou, por outro, podem tentar controlar o movimento sequestrando-lhes a própria voz e interesses. Essa apreensão é válida, mas a instrumentalização do Direito (como sistema amplo e complexo em prol da paz social e avanço civilizatório da humanidade), a Democracia (espaço que legitima os direitos fundamentais e é, por esses mesmos direitos, legitimado) e os movimentos sociais (como força social de interação no espaço democrático para aperfeiçoamento do Direito) têm se revelado como dialética positiva na conquista dos direitos de minorias e grupos vulneráveis.

Essa operacionalização (por meio da institucionalização de direitos), se não for ampliada para todos os grupos (sejam majoritários ou minoritários), pode acabar excluindo aqueles que não são considerados (ou tratados) como cidadãos, ponto delicado e caro aos grupos minoritários. Uma coisa é prever abstratamente direitos para todos, e outra é garantir a fruição desses direitos na realidade em concreto. Sem a promoção da igualdade, a instrumentação apenas reforça e legitima a exclusão de determinados grupos.

É como se o Estado, ao se apropriar desses processos (movimentos populares, direitos fundamentais e humanos, suposto monopólio dos instrumentos e processos

³³² Não se ignora que o movimento LGBTQ+ se configura como um conjunto de movimentos e grupos que, por vezes, sustentam pautas e bandeiras discordantes. Não existe uma hierarquia ou liderança central, sendo, em muitos casos, grupos com organizações pulverizadas, horizontalizadas e nem sempre conexas. A presente tese, quando se refere ao movimento LGBTQ+, abarca parte considerável desse grupo, mas sem pretensões de generalização de discurso ou de interesses.

democráticos), pudesse afastar grupos minoritários e excluí-los do gozo e participação sobre os direitos demandados. Ao criar a ilusão de que esses direitos e práticas só estão legitimados se instrumentalizados pelo Estado, minorias poderão ser oprimidas exatamente pelos fundamentos que deveriam fortalecê-las. Nesse tipo de processo, por exemplo, a “Marcha para Jesus” poderia ser apresentada como “vontade popular” e, portanto, considerado como orientação político-ideológica para o reconhecimento de direitos e negação de outros e, simultaneamente, desconsiderar manifestações como a “Marcha da Maconha”, “Marcha das Vadias” e as Paradas do Orgulho LGBTQ+ não lhes atribuindo nenhum valor como grupos (ou coletividades) e vontades existentes (e resistentes) no contexto social³³³. O que se coloca é que, ainda que o Estado tenha uma posição essencial no reconhecimento de direitos e na articulação da Democracia, não se pode negar a existência de valores sociais em constante construção (presentes também em uma dialética de reconhecimento).

Tal questão também fica latente quando se observa uma resistência flagrante quanto à positivação normativa de direitos para a população LGBTQ+ mesmo em um ambiente de frágil salvaguarda de outras minorias e outros grupos vulneráveis³³⁴. Por exemplo, a proteção das populações negras é, com imensa razão, uma pauta presente na sociedade brasileira, e o crime de racismo (ainda que continue existindo) é considerado hediondo e é constitucionalmente condenado. Algumas minorias e alguns grupos vulneráveis são enxergados como vítimas de uma sociedade preconceituosa e evocam

³³³ O que se está dizendo aqui é que o reconhecimento do Justo e do Direito não pode se dar apenas dentro de uma visão restritiva e fechada. A crítica que se constrói nessas reflexões é que há valores histórico-sociais que são relevantes para a transformação do Direito e faz parte do processo de avanço civilizatório da sociedade que não pode ser ignorado pelo Estado e deve ser por ele legitimado (via reconhecimento) quando essa demanda é, de fato, justa. A intervenção das religiões no Estado é uma agenda injusta (por excluir a isonomia entre as crenças, bem como a do direito de não crença), entretanto, um Parlamento não ético poderia atribuir a manifestações como “A marcha para Jesus” um valor que representaria a vontade do todo (ainda que se trate de uma parte da sociedade) e poderia propor leis que estabeleceriam uma teonomia como se fosse um clamor democrático. Esse é um risco (e um grande equívoco) de leituras rasas e tendenciosas da teoria democrática e da separação dos poderes que estabelece uma supremacia do Parlamento em detrimento de minorias que não são capazes de mudar, com facilidade, o estado de coisas.

³³⁴ É interessante destacar que ao analisar a vulnerabilidade legislativa de minorias, Carlos Eduardo Artiaga Paula, Ana Paula da Silva e Cléria Maria Lôbo Bittar observaram que existem “leis específicas como a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), Lei da notificação compulsória de violência contra a mulher (Lei 10.778/03), Lei dos Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/08), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Estatuto do Deficiente (Lei 13.146/2015), Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto 6.949/2009), Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), Lei da Fundação do Índio-FUNAI (Lei 5.371/67), Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.228/2010), Lei dos crimes contra preconceito de raça ou de cor (Lei 7.716/89) e a Lei 9.029/95, referente à proibição de discriminação no emprego” contemplando prerrogativas de tutelas de minorias, com exceção flagrante do grupo LGBTQ+ que não possuem leis específicas (2017, p. 3843). Apenas é necessário esclarecer que a presente tese prefere, ao contrário dos autores citados, o uso da identificação para se referir à Lei 10.741/2015 como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

maior sensibilidade e simpatia social, enquanto outras não gozam de igual prestígio e são, por isso, *invisibilizadas*, quando tudo deveria girar sobre se promover uma defesa ampliada da condição e da dignidade humanas.

Como adverte Luiz Geraldo do Carmo Gomes, “[d]iferente das questões raciais ou religiosas, em sua maioria, as sexualidades não encontram amparo quando violadas”, em razão do medo e do tabu que envolvem as práticas sexuais, que acabam sendo envoltas em silêncio, fazendo “nascer uma violação de direitos da personalidade na construção da identidade” das pessoas de orientação afetivo-sexual divergentes (GOMES, 2019b, p. 27).

Como exemplo, pode ser mencionada a questão do *Caso Siegfried Ellwanger Castan* que publicou e editou livros a respeito da Segunda Grande Guerra Mundial e sobre o Holocausto Nazifascista, produtos que foram considerados antissemitas e discriminatórios, além de exaltarem o Holocausto. A discussão se deu no *Habeas Corpus* n. 82.424/RS (BRASIL, 2003) proposto por Ellwanger com objetivo de garantir sua suposta liberdade de expressão amparada constitucionalmente. A discussão nesse processo, envolvia estabelecer se discursos de ódio, a expressões de preconceito e de discriminação de qualquer natureza, que visa(sse)m a inferiorizar ou a não reconhecer a dignidade de determinados grupos, como uma dimensão da liberdade de expressão constitucionalmente prevista.

Nesse sentido, cabia ao STF dizer se o Estado deveria proceder com o tratamento de limitação desse tipo de manifestação, onde chegou-se ao entendimento que existem limites morais e jurídicos à liberdade de expressão, de modo que o exercício do direito à livre expressão, em sua abrangência, não pode abrigar “manifestações de conteúdo imoral que implica em [sic] ilicitude penal”. Além disso, estabeleceu-se que as liberdades públicas (nas quais se incluem a liberdade de expressão) “não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos” na CRFB/88.

A liberdade de expressão, como um preceito fundamental, não consagra uma espécie de “direito à incitação ao racismo”, já que um direito individual (liberdade de manifestar) não deve servir como salvaguarda para “condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra”. O centro desse debate (a despeito de ser um *habeas corpus* como instrumento de defesa) perpassou pelo reconhecimento da prevalência “dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (BRASIL, 2003, p. 525-526).

Samuel Mendonça e Luiz Felipe Mendes Juliano (2020) destacam a importância do caso para uma noção ampliada de racismo, como um ato enquadrado como crime nos termos da Lei 7.716/89. Para os autores, a discussão no processo “girava em torno do fato de ser possível ou não considerar a religião judaica como raça, e, por isso, ser ou não possível o enquadramento da conduta de Ellwanger na Lei de Racismo”. O avanço jurídico se deu com o reconhecimento de que “raça não é um conceito propriamente biológico ou antropológico, mas social, cultural e político” e, com isso, “orienta uma conduta que tem como objetivo a discriminação e o apequenamento de determinado ser humano em razão de algum fator” (MENDONÇA; JULIANO, 2020, p. 20).

A questão é que foi um exercício hermenêutico de interpretação constitucional, pois havia o entendimento que não existiria “tecnicamente” uma raça judaica, mas esse exercício permitiu entender que o conceito também poderia ser construído historicamente e socialmente, por meio do não reconhecimento do outro como igual, pela marginalização. O caso considerou a perseguição do povo judeu pelas inquisições cristãs (católica e protestante), o holocausto alemão e toda uma discriminação histórica religiosa e culturalmente construída a partir de uma lógica cristã. Além disso, havia uma aparente contradição na legislação visto que estava previsto no artigo 1º que seriam “punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor” (redação original do artigo), enquanto o artigo 20 (com a redação da Lei 8.081/90) incluía “a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”³³⁵.

Por isso, considerando o caso e a simpatia da comunidade jurídica e não jurídica, houve a *compreensão* extensiva em desfavor do réu³³⁶, o que não significa dizer adoção de “analogia *in malem partem*”. Nessa linha de pensamento, se manifestam Mendonça e Juliano (2020) quando, comparando o caso Ellwanger e o caso do reconhecimento da prática da homofobia e de transfobia como ações “igualmente voltadas à discriminação e apequenamento de alguém”, de modo que “não há analogia *in malam partem*” por não

³³⁵ Para maiores aprofundamentos sobre o caso sugere-se a leitura da dissertação de João Luis Mousinho dos Santos Monteiro “O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro” de 2010, defendido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Sugere-se também a leitura do artigo de Luciano Tonet, *A hermenêutica total e a interpretação integradora como fator de democratização: um estudo do caso Ellwanger* (2013).

³³⁶ É possível ponderar, dentro de uma perspectiva mais técnica de uma análise processual penal, que não houve interpretação extensiva em desfavor do réu por não ter havido um juízo de culpa naquele caso, ocorrendo apenas uma ponderação sobre a extensão da liberdade de expressão. Isso poderia justificar porque a ADO pra criminalizar a homofobia foi mais debatida, posto ter se apresentado como a primeira vez onde efetivamente o STF suprimiria uma omissão legislativa em matéria criminal, apesar do princípio da reserva de legislação.

se tratar de “conceitos distantes do conceito de raça, mas a ele parecidos e, por serem tão parecidos, atraem a aplicação da Lei de Racismo” (MENDONÇA; JULIANO, 2020, p. 21).

Nos termos da decisão, a compreensão ampliada se deu, no caso *Ellwanger*, considerando, inclusive, os tratados e acordos multilaterais que repudiam de forma enérgica quaisquer práticas discriminatórias “compreendidas [como] as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica” visto que essas distinções são “inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamofobia’ e o antissemitismo”. A decisão do HC considerou o racismo com uma abrangência maior que seu sentido ordinário, compatibilizando “conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo”. Com isso, a Corte claramente estabeleceu uma interpretação que, teológica e sistemicamente, conjugavam “fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma” (BRASIL, 2003, p. 525-526).

A postura do STF, no entendimento de Luciano Tonet, foi considerada como uma garantia da Democracia e como interpretação integradora por buscar “fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais, ponderando princípios, de forma a torna[r]-se mais abrangente”. Além disso, a postura da Corte Constitucional brasileira, com observação dos Tratados Internacionais, em observância das experiências estrangeiras e buscando uma “sistematicidade do ordenamento constitucional, do sopesamento dos princípios e da consequência da decisão para a sociedade” indicou a adoção de uma “interpretação integradora” que, por utilizar a norma de base (à luz do princípio da moldagem da norma ao fato), conferiu “um mínimo de estabilidade e com comunicabilidade de sentido” atualizou a norma sem com isso alterar seu texto. Com isso, sistemas jurídico e social são vistos de forma integral, como exigem os novos tempos, atendendo assim os anseios de Justiça (2013, p. 30-31).

As críticas, entretanto, com relação à criminalização da homofobia foram muito mais severas por parte da comunidade acadêmica e jurídica (sendo que os fundamentos, em princípio, se assemelham muito). Um fato interessante a se observar quanto ao caso foi que, após o estabelecimento desse entendimento da jurisdição constitucional sobre o antissemitismo como um crime de racismo (ainda que não fosse esse o objeto do HC), o Legislador mudou o texto legal para adequar-se, dispondo no artigo 1º que seriam

“punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, sendo essa nova redação dada pela Lei n. 9.459, de 15/05/97³³⁷.

Considerando a necessidade de o Legislador agir em situações determinadas para dar sustentação normativa mais clara e direta no processo decisório do Judiciário (e mesmo instrumentos para a Polícia e o Ministério Público diante de práticas específicas), e se verificando sua não atuação na atividade legiferante, as demandas sociais pautam pela visão do constitucionalismo social e das garantias e princípios previstos nas Constituições dirigentes. Estas ofereceram meios para suprir as lacunas e superar o problema de inconstitucionalidade por omissão que se justificam e legitimam perante uma realidade social e termos históricos. Nesse sentido, a atuação protagonista³³⁸ da jurisdição constitucional se mostra não apenas relevante, mas juridicamente justificada e histórico-socialmente necessária³³⁹.

Cabe esclarecer, especialmente agora, que por minoria³⁴⁰ compreende-se “um grupo humano ou social que esteja em uma situação de inferioridade ou subordinação em relação a outro, considerado majoritário”, sendo importante esclarecer que essa posição de *inferiorização*³⁴¹ pode ser sustentada pelo discurso majoritário com fundamentos como fatores socioeconômicos, legislativos, religiosos ou étnicos, linguísticos etc.. Pode-se compreender o grupo minoritário como aquele não dominante dentro de uma dada sociedade, de modo que esses grupos de indivíduos partilham e reconhecem-se a partir de características comuns (que podem ser nacionalidade,

³³⁷ Ainda que não seja o foco da presente tese tratar dos diálogos institucionais, esse é um importante exemplo de como o Direito pode aperfeiçoar-se quando o Legislador se propõe a atuar em conformidade com a interpretação da jurisdição constitucional para garantir a integralidade da dignidade de grupos minoritários e vulneráveis.

³³⁸ É possível encontrar em algumas referências acadêmicas a utilização do termo “atuação proativa” da jurisdição constitucional e/ou das cortes constitucionais, mas o termo parece significar uma atuação de ofício, espontânea, como se o Judiciário estivesse antecipando situações para resolver omissões legislativas quando, na verdade, as Cortes e a jurisdição constitucional só atuam sob demanda, ou seja, sobre provocação da sociedade e/ou de seus atores sociais.

³³⁹ A jurisprudência dos valores é também criticada por teóricos brasileiros, como Lênio Streck, mas as análises da jurisdição constitucional como *locus* de construção do Direito serão feitas a contento na Parte III da presente tese.

³⁴⁰ Ainda que esteja claro que na Parte I da presente tese já se tenham apresentados alguns considerandos sobre as minorias e, com isso, tenha-se produzido um esclarecimento sobre o que (e quem) são as minorias, existe a preocupação em estabelecer aqui (dado o cerne da discussão) uma conceituação mais objetiva ou, ao menos, mais direta para que a compreensão dos (e nos) próximos capítulos não seja prejudicada.

³⁴¹ Destaca-se a preferência pelo uso da expressão “situação de inferiorização” como uma leitura de situação imposta e socialmente construída, ao invés de “situação de inferioridade” que denotaria uma situação “natural”, determinada ou mesmo aceitável (ainda que não tenha sido essa a intenção dos autores citados).

aspectos étnicos, religiosos, culturais ou linguísticos, e de orientação afetivo-sexual por certo) que os diferem do grupo majoritário. Em razão de tais aspectos diferenciados, os grupos socialmente minoritários são inferiorizados pelos que detêm o poder majoritário e estabelecem uma relação de discriminação em face daqueles (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017, p. 3842).

Carlos Eduardo Artiga Paula, Ana Paula da Silva e Cléria Maria Lôbo Bittar destacam que esses grupos não se encontram sempre em termos numérico de minoria (no sentido de sempre se encontrarem em quantidade inferior que os grupos majoritários), aqui se deve sempre considerar que é o fator de posição de subordinação e *inferiorização* dentro de uma dada sociedade que caracteriza uma minoria e não o fator numérico. Em razão da *inferiorização* construída pelos discursos oriundos dos grupos majoritários, esses grupos são marginalizados em uma posição desprivilegiada na sociedade, colocando-os em uma situação também de vulnerabilidade (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017, p. 3842).

No que tange à proteção constitucional, pode-se considerar o termo “minorias” tanto por seu sentido quantitativo quanto qualitativo, sendo importante ater-se ao fato de que deve abranger aqueles grupos que são (ou estão) vulneráveis, hipossuficientes, rejeitados ou perseguidos, estejam ou não representando um grupo numericamente majoritário, pois o que importa “é o sentido do termo que se pode extrair do texto constitucional em exame”, sendo válido “lembrar que há grupos vulneráveis não tratados no texto constitucional e que logram proteção legislativa especial”, ou deveriam lograr (FERRAZ; BAPTISTA, 2016, p. 61).

É fácil perceber que, como noção geral, a vulnerabilidade social desses grupos inferiorizados implica necessariamente a vulnerabilidade a qual tem um aspecto jurídico – que pode se manifestar na ausência de legislações protetivas e/ou na presença de criminalização de condutas e/ou de elementos caracterizadores das minorias, perseguição judicial, bem como diversas outras modalidades de discriminação de Estado (onde os instrumentos estatais são usados para promover e/ou legitimar, a marginalização de grupos minoritários e vulneráveis). A relevância do reconhecimento da situação de vulnerabilidade dos grupos minoritários não se restringe a considerar aspectos puramente quantitativos, estatísticos ou numéricos. Nesse sentido, é inconteste que a percepção dessa condição de vulnerabilidade permite analisar ampla-universal-e-racionalmente as questões sociais e individuais *experenciadas* por membros dessa

minorias (individual ou coletivamente) à luz dos bens jurídicos tutelados e tuteláveis e como é possível enfrentar a discriminação e violência sofridos por essa população.

A despeito da expressão “minorias e grupos vulneráveis” ser ampla e abarcar uma considerável diversidade de grupos³⁴², o presente trabalho se volta, especial e principalmente, para as minorias sexuais (destacadamente para aqueles que são minorias em função de sua orientação afetivo-sexual³⁴³). As orientações afetivo-sexuais são uma das dimensões da sexualidade humana caracterizadas pelo desejo (ou sua ausência) de relacionamento com outro indivíduo, constituindo-se um tema acompanhado de controvérsias, inclusive identificáveis historicamente, em razão daquelas orientações afetivo-sexuais terem sido reduzidas a uma função puramente de procriação (GOMES, 2019b, p. 97).

A construção jurídica direcionada para essas minorias e esses grupos vulneráveis específicas é historicamente deficiente e, não raro, *marginalizante*. É salutar, entretanto, pensar no direito das minorias e dos grupos vulneráveis a partir da construção dos próprios direitos humanos e fundamentais³⁴⁴. Assim como a dimensão dos direitos humanos e fundamentais (macro) foram resultado de um processo de reconhecimento estatal, o olhar direcionado para as minorias e os grupos vulneráveis também foi resultado de um árduo e paulatino processo de amadurecimento e superação de paradigmas (inclusive jurídicos) estabelecidos.

Nesse sentido, parece ser importante afastar-se de uma “solução metafísica” que compreenda a construção dos direitos humanos de forma apartada do contexto social, ao mesmo tempo em que permite uma visão emancipada do positivismo limitado (codificado). Deve-se, portanto, pensar os direitos fundamentais a partir de uma visão

³⁴² É possível identificar-se no Brasil minorias formadas por diferentes fundamentos, como aspectos étnicos, minorias “sociais”, as minorias de “gênero” ou as “políticas”, por exemplo (FERRAZ; BAPTISTA, 2016, p. 62).

³⁴³ A presente tese adota a expressão *orientação afetivo-sexual*, como termo para designar a expressão da sexualidade. Quando se fala em minorias sexuais pode-se gerar alguma confusão pelo senso comum ligar essa ideia ao aspecto de gênero, já que as mulheres (gênero feminino) também contam como um grupo minoritário e, sob determinados contextos, um grupo vulnerável. Em razão dessa possível confusão semântica é que se entendeu necessário o presente esclarecimento. Para um maior aprofundamento sugere-se a leitura de *Famílias no Armário: parentalidades e sexualidades divergentes*, de Luiz Geraldo do Carmo Gomes (2019), leitura que serviu de referência para a adoção do termo para a presente pesquisa.

³⁴⁴ Vale destacar que não se olvida que os direitos humanos e direitos fundamentais possuem certas especificidades, especialmente para uma abordagem didático-metodológica. Entretanto, como é possível associá-las conjuntamente na dialética de luta e reconhecimento por vezes, na presente tese, ambas são tratadas como sinônimos. A diferenciação será feita sempre que, para melhor compreensão da reflexão, verificar-se a necessidade de distinção teórica ou normativa.

que reconheça a legitimidade de *metanarrativas* e os desafios de reconstrução da práxis da Democracia e dos direitos fundamentais de forma simultânea (ESTEVÃO, 2010).

A luta pelos *direitos das minorias e dos grupos vulneráveis* se encontra, portanto, associada com a luta dessas minorias em articularem-se social e politicamente. Nesse processo de reconhecimento como grupo, de identificação enquanto uma coletividade que se reconhece na afinidade de lutas, angústias, dores e ameaças comuns, é possível vislumbrar uma forte dimensão do princípio da solidariedade³⁴⁵. Assim, o uso da expressão “direitos das minorias” não representa a existência de *direitos especiais* como uma correlação necessária. Quando a discussão envolve o reconhecimento do direito de casais do mesmo sexo de constituírem família, isso não envolve o estabelecimento de um “direito novo”, mas o reconhecimento de que o direito também deve ser acessível aos casais que não são heterossexuais (que já gozam desse direito).

Em outras perspectivas, os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis são, em alguma medida – ainda que em pontuais situações –, “direitos especiais”, como no caso das cotas, ou de políticas públicas específicas (em prol da mulher, da criança, do idoso, das pessoas com deficiência e refugiados, por exemplo). Na maior parte do tempo, as demandas de proteção de minorias e grupos vulneráveis estão relacionadas a demandas de igualdade (igual tratamento) e de não discriminação.

Não se afasta, em tais análises e considerações, a questão da tensão entre Legislativo e Judiciário e o princípio da Separação dos Poderes (visto que a discussão orbita ao redor do núcleo reflexivo da tese em análise). Quando se fala da exclusão em uma sociedade democrática e o processo de negação e conquista de direitos fundamentais por minorias dentro da teoria jurídica, os embates entre normas excludentes e cortes inclusivas são reiteradamente colocadas em primeiro plano³⁴⁶. Também envolve abordar nesse critério como a separação e interferência mútua entre os

³⁴⁵ O valor dessa coexistência fraternal é muito bem ilustrado por Franz Kafka, em *Um Artista da Fome e A Construção*, quando afirma que “[n]ossa vida é muito intranquila, cada dia traz surpresas, temores, esperanças e sustos, de tal forma que o indivíduo não poderia absolutamente suportar tudo se não tivesse dia e noite o apoio dos companheiros; mas mesmo assim ela com frequência fica bem difícil; às vezes tremem mil ombros sob o peso que na verdade estava destinado a apenas um”.

³⁴⁶ É preciso afastar conclusões apressadas de que a presente investigação de tese assumida, como postura generalizante, que as produções legislativas são sempre excludentes e que as decisões das Cortes são sempre inclusivas. Em muitos momentos a tese aponta o oposto disso, com direitos fundamentais sendo positivados pelo Parlamento (ECA, Estatuto da Pessoa Idosa, Estatuto da Pessoa com Deficiência etc.) e sendo negados pelas Cortes.

Poderes (ainda que independentes) devem considerar as manifestações públicas como vontade constitucional ou mesmo como exercício do poder constituinte³⁴⁷.

Mesmo o Judiciário se constitui como virtual inimigo das minorias e dos grupos vulneráveis, pois as Cortes têm o potencial (e muitas vezes o interesse) de perpetuar a marginalização e dominação de minorias e grupos vulneráveis (especialmente dos indivíduos LGBTQ+), usando de argumentos como “defesa de menores”, “defesa da família enquanto instituição social”, ou mesmo “defesa do direito positivado”, da “separação dos poderes”, da “democracia” entre outros³⁴⁸. Em muitos sentidos e possibilidades, as decisões judiciais podem contribuir (em grande escala) para que se institucionalize um sistema cultural construído a partir da naturalização da heterossexualidade como único modelo possível de família (VAGGIONE, 2013, p. 239). Ainda que as reflexões olhem de forma positiva para a atuação judicial e para sua construção no Ocidente como lugar de disputa democrática inclusiva e de permeabilidade das lutas sociais, é preciso haver cautela e o estabelecimento de limites para que a *cura não se converta em veneno* ou que se estabeleça a inquietação sobre o *ovo da serpente*.

Não se trata, entretanto, de encarar o princípio da separação das competências estatais de forma estanque, mas considerá-la *como uma forma de preservação de uma determinada realidade constitucional*, visto que deve garantir a concretização de outros direitos igualmente fundamentais, como é o caso dos direitos sociais (MEDEIROS, 2008, p. 203-205).

Tratando-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Castro Coura e Matheus Henrique dos Santos da Escossia (2015, p. 67) afirmam que o argumento “proteção das minorias” é utilizado pelo STF para embasar suas decisões tanto na questão das minorias parlamentares (para assegurar o devido processo legislativo, se mostrando contramajoritário no que se refere aos palcos de

³⁴⁷ O grande desafio nesse tipo de reflexão é em qual medida essas manifestações devem ser consideradas como vontade popular, exercício do poder constituinte ou mesmo dotada de legitimidade democrática.

³⁴⁸ Obviamente, os exemplos de argumentos mencionados são convenientemente distorcidos de seu significado humanista para servir à interesses políticos de grupos hegemônicos. A defesa da família, nesses casos, não é de todas as famílias, mas apenas do modelo tradicional *heterocentrado* e *heteronormativo*. O melhor interesse da criança não é o de receber as informações e proteção da sua individualidade e integridade psicofísica (visto que muitas crianças LGBTQ+ sofrem violência doméstica e institucional nas escolas, violência simbólica, entre outras). A proteção do direito positivado ignora a vedação à discriminação, mas reforça a expressão “homem e mulher” para limitar o reconhecimento do casamento, ou mesmo, limita a liberdade que deve ser irrestrita para uns (quando desejam manifestar seu discurso de ódio fundamentalista religioso), mas reduzida para outros (como quando alguém deseja ser livre para constituir família com alguém do mesmo gênero).

representação), como também associando tal categoria aos grupos marginalizados que não fazem parte dos espaços públicos de Poder (significando, aqui, minoria como sendo aquele grupo à margem dos processos decisórios). Minoria, assim, significaria: “minoria parlamentar, minoria como grupo marginalizado ou minoria como grupos culturalmente diversos do predominante” (COURA; ESCOSSIA, 2015, p. 67)³⁴⁹.

A análise do *direito das Minorias e dos grupos vulneráveis* no contexto do constitucionalismo (dos direitos humanos e dos direitos fundamentais) e, portanto, da Democracia, envolve o princípio (ou valor) da paz como um objetivo (inter)nacional, como elos necessários de um raciocínio lógico na teoria jurídica. Nesse método, estabelece Bobbio, que, se os direitos humanos não forem reconhecidos e protegidos, não haverá Democracia. Se não há democracia, não serão possíveis condições mínimas para que os conflitos possam solucionar-se pacificamente (dentro das regras jurídicas). A partir daí, implica-se reconhecer que “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” e, somente quando existirem cidadãos do mundo (não apenas deste ou daquele Estado), “haverá uma paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa” (BOBBIO, 2004, p. 01).

Além disso, as considerações históricas (o que inclui analisar a história do tempo presente) têm importância para o reconhecimento do valor inamovível do progresso jurídico nos (e dos) direitos fundamentais. A positivação (seja via parlamentar ou via hermenêutica constitucional das Cortes³⁵⁰), em matéria de direitos humanos e fundamentais, representa um marco indeclinável do processo de maturação e avanço da humanidade. Esse ato reforça a *supervalidade* do princípio da vedação ao retrocesso, bem como oferece limitações racionais, políticas e fundamentais para que determinadas matérias (como o direito a constituir família por pessoas homossexuais) se localize fora do alcance da deliberação pública exatamente por estar, dentro da dinâmica democrática, em um patamar inatacável em uma sociedade civilizada.

Além disso, em uma perspectiva mais concreta, o princípio (ou fundamento) da vedação do retrocesso estabelece que as prestações estatais uma vez consagradas dentro de um determinado sistema jurídico não podem ser eliminadas sem a implementação de alternativas e compensações. Como uma regra de proteção e de ação estatal, o princípio

³⁴⁹ Vale destacar que a discussão quanto aos limites do caráter contramajoritário e a dignidade da legislação no que se refere à jurisdição constitucional referente aos direitos de minorias, especialmente para os homossexuais e para a união homoafetiva, se encontram na Parte III da presente tese.

³⁵⁰ Cujo reconhecimento é o que se defende, entre outros temas, na presente tese.

significa que, além do dever de legislar (o que pode ser entendido como um dever de reconhecimento e positividade progressiva dos direitos humano-fundamentais), também existe um “dever mais abrangente” que é “o de não eliminar ou revogar essa lei” (QUEIROZ, 2006, p. 116).

O reconhecimento dos direitos de minorias e grupos vulneráveis deve ser analisado a partir de um viés crítico, que evite o pensamento utópico de que se trata de uma realidade estabelecida (e, por isso, acabada). Além disso, a discussão a respeito do reconhecimento e exercício de iguais direitos pelas minorias e pelos grupos vulneráveis alcançam, dependendo do contexto, tanto a dimensão do debate internacional (e com isso o acesso aos direitos humanos) quanto a do debate nacional (o que implica o reconhecimento e fruição dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos).

Como colocado por Saulo de Oliveira Pinto Coelho (2012), com aporte em Salgado (2006) e Almeida (2011), o reconhecimento político-jurídico dos Direitos Humanos, no mesmo sentido que dos direitos fundamentais declarados nas Constituições, *consiste em importante momento para efetivação desses direitos*, mas com plena ciência de que não basta apenas sua declaração num texto normativo, visto que isso se dá apenas no plano *abstrato e não concreto*. Esse reconhecimento abstrato deve ser encarado como parte do processo de efetivação (e não seu fim), uma vez que, para que tais direitos sejam fruídos concretamente por todos os sujeitos sociais, “um longo caminho vem sendo percorrido”, sendo este o “percurso da construção das condições necessárias para que haja o compromisso efetivo da complexa estrutura político-social com tais direitos” e com a “construção de um cotidiano de respeito consciente e efeito aos mesmos” (PINTO COELHO, 2012, p. 291-292).

Os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis (assim como qualquer direito) correspondem a uma sucessão complexa de maturação de temas em diferentes níveis. Há arenas políticas em que o debate e o dissenso evocam as reflexões que, organizadas politicamente pela sociedade civil, tendem a orientar os processos legislativos. No plano da realidade, esse transcurso pode ser facilitado ou dificultado por aspectos também dinâmicos na sociedade, como Economia, relações internacionais, dimensões culturais e religiosas, entre outros. Para as minorias e os grupos vulneráveis, muitas dessas camadas ou dimensões com influência na arena política são obstáculos para o reconhecimento de direitos, mesmo no plano abstrato.

Mesmo quando esses direitos são positivados em textos normativos, para as minorias e dos grupos vulneráveis, o “percurso”, como mencionado por Pinto Coelho

(2012), é apenas um ponto de partida jurídico, visto que a fruição desses direitos é obstaculizada por marginalizações históricas e socioculturais. À luz dessa realidade, não é de se surpreender que esses sujeitos se vejam quase impossibilitados de promover grandes mudanças no cenário político pelos meios oficiais e tradicionais (processos legislativos/parlamentares), buscando o reconhecimento dos direitos por meios oficiosos (Judiciário e as Cortes), o que, no Brasil, particularmente, foi possível graças à instrumentalização da teoria jurídica com a constitucionalização de uma série de direitos fundamentais.

Partindo da Teoria Jurídica dos Direitos Fundamentais de Alexy (2008), Saulo de Oliveira Pinto Coelho (2012) afirma que o percurso de efetivação dos direitos se deu quando estes foram constitucionalizados. Esse fenômeno (de constitucionalização) apenas passou a significar um fomento real e capaz, ou seja, contribuindo na reconstrução da estrutura jurídica do Ocidente, com reconhecimento dos processos de controle de constitucionalidade como instituição política-jurídica central do Estado de Direito e com seu *modus operandi* consolidado, como estabelecido por Magalhães Filho (2002).

Além disso, para Pinto Coelho (2012), o reposicionamento de direitos no status de direitos constitucionais fundamentais (graças ao processo de constitucionalização desses direitos) concedeu-lhes função para além de diretrizes políticas, servindo como normas de validação da supremacia do controle de constitucionalidade, como compreendido também por Barroso (1996). Essa ampliação de função passa a sujeitar as demais normas para que elas se conformem com o plano constitucionalizado dos direitos então ascendidos, aspecto que se consolidou no século XX, especialmente, nas últimas décadas. Esses direitos ascendidos ao patamar constitucional passaram a ser dotados com o status de “condição de parâmetro inenarrável de controle social e institucional da legitimidade constitucional” para todas as relações³⁵¹ naquele sistema jurídico (PINTO COELHO, 2012, p. 292).

Constata-se que a CRFB/88 se preocupou em proteger expressamente algumas modalidades de minorias e grupos vulneráveis, mas não esgotou a matéria, pois as minorias e os grupos vulneráveis são formados, historicamente, por novos ou

³⁵¹ Com base nas análises de Comparato (1998) o autor indica que essas relações envolvem: (i) aquelas da dimensão jurídico-estatais (que dizem respeito à eficácia vertical dos direitos humanos); (ii) aquelas da dimensão entre os sujeitos não-estatais (que dizem respeito à eficácia horizontal dos direitos humanos); e (iii) políticas públicas constitucionalmente previstas e infraconstitucionalmente reguladas (que dizem respeito à eficácia procedimental dos direitos humanos) (PINTO COELHO, 2012, p. 292).

emergentes fatores, a depender de distintas situações. Assim, é possível compreender que não se deve olvidar, para considerar grupos vulneráveis como minorias que demandam um tratamento diferenciado, que é no processo de desenvolvimento da civilização humana (e nas dialéticas sociais e culturais) que elas despontam e ganham visibilidade e “nem sempre a Constituição consegue acompanhar o ritmo desse desenvolvimento”. A partir desse entendimento, a preocupação se volta a “identificar se existe fundamento constitucional para ampará-los”, visto que, aparentemente, não houve manifesta vontade do Legislador em fazê-lo de modo expresso ao relacionar (ou não) algumas dessas “novas” minorias no texto onde prescreve o princípio da igualdade (FERRAZ; BAPTISTA, 2016, p. 62-63).

Como colocado por Silva e Brega Filho (2018, p. 185), a abordagem jurídica sobre as minorias e os grupos vulneráveis “investiga acerca daqueles que não tem vez nem voz no campo social e político, ou seja, os marginali(s)lizados”, entendendo-se estes como estando “à margem do Estado e da lei, e daí também falar-se em fora-da-lei, e não contra-a-lei”. Para os autores, um traço distintivo entre essas duas categorias é que os “grupos vulneráveis” envolvem “relações específicas e delimitadas de hipossuficiência em dado aspecto objetivo da vida social”, mas que não o é “em tempo integral e por toda a vida” representando uma vulnerabilidade, mas não em todos os aspectos da vida e não permanentemente³⁵². Já as minorias são marginalizadas em razão de uma condição integral e que por toda a vida acompanha o indivíduo, sendo fator relevante de discriminação e constituindo que “o estigma aferido a dado tempo e lugar em uma certa sociedade é integral e generalizado, pois dizem respeito ao seu ser (e não a um estar), levando a um círculo vicioso de exclusão, vulnerabilidade e violação de direito”³⁵³ (SILVA; BREGA FILHO, 2018, p. 185), ou seja, o indivíduo é “condenado” por ser quem é.

A análise do presente capítulo é feita considerando que (i) todo o debate de fundamentação dos direitos fundamentais e humanos se deu (especialmente no reconhecimento político simbólico do Direito dos Tratados) à luz do princípio da não discriminação e na dignidade da pessoa humana, valorizando a igualdade como um princípio (sem negar o reconhecimento da diferença e suas implicações, como o reconhecimento das minorias). Nesse sentido, é preciso considerar que as previsões dos

³⁵² Nesse grupo estão inseridos, os idosos, crianças, jovens, consumidores, empregados, entre outros.

³⁵³ Nesse grupo estão inseridos, por exemplo, mulheres, negros, homossexuais, transgêneros, grupos étnicos e religiosos, refugiados, pessoas com deficiência.

direitos humano-fundamentais presentes nos principais documentos não apresentam referências expressas às minorias e grupos vulneráveis assim identificadas por sua orientação afetivo-sexual (população LGBTQ+).

Os princípios gerais contidos naqueles documentos oferecem um arcabouço suficiente e necessário para proteção das minorias e dos grupos vulneráveis de modo que os direitos humano-fundamentais se configuram, na experiência histórica, como fundamentação do reconhecimento dos direitos de minorias e grupos vulneráveis.

Como consequência, (ii) reconhece-se que o Direito é mecanismo de controle social e manutenção do *status quo*, mas com igual potencial para ser um mecanismo de transformações sociais. Dessa sorte, dialoga-se com as raízes machistas e conservadoras do Direito que gera(ra)m, historicamente, a exclusão de alguns grupos e a negação de sua cidadania como herança normativa e estrutural de um processo construído por diversos fatores. Nesse processo histórico, os direitos fundamentais e os direitos humanos surgem e se consolidam como mecanismos de superação do caráter excludente da previsão normativa (inicialmente limitada em um perfil elitista ou exclusivista) e, pela experiência histórica, apresentam dialéticas que superam as limitações legislativas pelo prisma da igualdade na diferença rompendo restrições da norma com o reconhecimento de valores socialmente conquistados.

A partir desse reconhecimento, (iii) a história molda a concepção de identificação das minorias e dos grupos vulneráveis e sua complexidade, bem como revela a homossexualidade (como recorte dentro desses blocos), como um aspecto natural da sexualidade humana e presente na humanidade, sendo esse grupo vítima de uma marginalização diversa e simultânea. Observa-se que, a despeito de ser um aspecto natural, a homossexualidade jamais recebeu o *devido* tratamento jurídico, e, apesar das concepções de direitos humanos e fundamentais, as pessoas homossexuais só passaram a protagonizar os debates com o surgimento de movimentos sociais identitários nas últimas décadas do século XX³⁵⁴.

Assim, o papel dos movimentos sociais na viabilização de debates e de reconhecimento dos direitos de minorias e grupos vulneráveis também se reflete no âmbito das Cortes e do Judiciário. É preciso reconhecer, no processo dialético da história que direitos inclusivos superam os valores excludentes, o pluralismo passa

³⁵⁴ Aqui cabe destacar que a observação se refere ao *protagonismo* no debate como *sujeitos de direito*. Em outras áreas do conhecimento, é salutar destacar que os homossexuais foram muito debatidos na literatura médica, por exemplo, como se desenvolve no tópico 5.3 da presente tese. Sugere-se a leitura da *História da Sexualidade* de Foucault (1993).

ocupar o lugar dos mandamentos de caráter discriminatório, o que reflete a eleição de uma constelação de novos valores norteadores.

Há, ainda, especialmente nos capítulos seguintes, uma preocupação quanto à motivação de analisar o Direito em uma perspectiva comparada, também apresentando uma narrativa histórica³⁵⁵ para olhar o passado, compreender o presente e projetar uma prospecção para o futuro. Como decorrência dessa proposta, as investigações estabelecidas buscam diagnosticar as disparidades sociais e jurídicas de grupos minoritários e vulneráveis no acesso a seus direitos fundamentais, como o direito de liberdade e igualdade para casais homossexuais os quais não puderam (e em algumas realidades ainda não podem) livremente contrair união (com reconhecimento jurídico) por conta de uma postura conservadora (negativa) do Parlamento.

Todas essas considerações são salutares na compreensão de uma (nova) leitura jurídica que atenda a um Estado Democrático de Direito e a uma Democracia constitucional.

5.1. Direitos Fundamentais e Humanos no pensamento jurídico contemporâneo: a igualdade e a não discriminação

Ainda que resulte de demandas antigas, os Direitos Humanos sofrem de consolidação relativamente lenta. Apesar da produção teórica e jurisprudencial, existe um aparente paradoxo quando, mesmo se *assegurando* o pleno respeito pelos direitos humanos e pela dignidade humana, violações cotidianas (tanto em âmbito doméstico quanto internacional) acontecem e exigem a reflexão sobre a contradição entre a produção de tratados internacionais e as constantes e massivas desobediências aos direitos humanos (REGO; LIMA JR, 2015, p. 390).

O século XXI apresenta-se como momento de reflexão paradigmática da construção teórica do Direito e da legitimidade democrática. Não seria o caso de afirmar que o Direito se encontra em crise, mas, talvez, de apontar que as concepções teóricas vigentes, herança da construção filosófica e jurídica da Era Moderna, muito se

³⁵⁵ É importante destacar que se trata de uma narrativa histórica, na medida em que a pesquisa não tem cunho histórico e não se utilizou de ferramentas para fazê-lo. O recurso da narrativa histórica permite, sem prejuízo do caráter científico que se pretende estabelecer com a pesquisa, destacar elementos específicos e pontuais que marcaram época com reflexos sociais e jurídicos e que, por essa razão, foram destacados na correlação construída. A história não é linear (ainda que seja razoavelmente consequencial), e, posto que algumas ponderações possam sugerir isso, a pesquisa deseja tanto quanto possível estabelecer uma narrativa que não ignore fatores outros que incidem sobre o processo e decurso histórico.

alicerçam em axiomas e contextos que não mais satisfazem a realidade e os problemas contemporâneos.

Conforme Fernando de Alves Brito *et al.* (2016, p. 46 *apud* PEREZ LUÑO), os valores que “informam o teor dos direitos fundamentais não podem integrar um sistema estático e alheio às experiências do homem” destacando que “o surgimento das garantias não pode se limitar à experiência egoísta e fechada aos desejos de cada indivíduo”. O individualismo (ou a valorização do interesse pessoal), muito potencializado na modernidade, deve ser questionado em prol de perspectivas que considerem os coletivos existentes na sociedade.

Assim, essas argumentações não buscam deslegitimar as teorias majoritárias (ou clássicas), mas, na esteira de Luigi Ferrajoli (2015), compreender que tais concepções teóricas não são falsas ou verdadeiras, mas apenas são mais ou menos adequadas às finalidades de explicar e reconstruir as reflexões buscadas pela teoria com fins de compreender a realidade. Tais concepções teóricas, além da dimensão semântica, também possuem relevante dimensão pragmática por servir à construção do imaginário jurídico. Este, “quando se afirma nas culturas jurídica e política”, influencia os sistemas institucionais, sendo objetos que a teoria busca refletir no sentido de contribuir para que a norma seja (re)modelada e (re)orientada as práticas e a deontologia dos juristas e dos políticos. Ainda, segundo o autor, a relevância prática das teorias (e das próprias culturas jurídicas e políticas) se encontra no seu papel formativo da arquitetura (do artifício) institucional, concebidos e teorizados por essas teorias (FERRAJOLI, 2015, p. 14).

Feitas tais ressalvas, válido se mostra trabalhar as dinâmicas envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais no plano nacional. A distinção terminológica e conceitual entre direitos fundamentais e direitos humanos está respaldada no texto constitucional brasileiro de 1988 que, em seu Título II, apresenta um catálogo de direitos positivados, designados como “Dos Direitos Fundamentais”. Entretanto, o § 3º, do artigo 5º, da CRFB/88, utiliza a expressão “direitos humanos”, fazendo referência aos direitos estabelecidos em tratados e convenções internacionais (XEREZ, 2012, p. 24). Isso significa que a diferenciação terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais envolve a plataforma de reconhecimento, se nacional (direito interno, de caráter constitucional) ou se internacional (direito externo, dentro do Direito dos Tratados).

A distinção, obviamente, possui mais elementos que apenas um caráter originário (fonte) ou geográfico. O processo de amadurecimento desses direitos também se deu de forma distinta, sendo o reconhecimento de direitos no patamar internacional em uma direção que a tradição jurídica convencionou chamar de “dimensões de direitos humanos”.

Já os momentos de reconhecimento dos direitos fundamentais, ainda que tenham paralelos nas dimensões dos direitos humanos, acabam se tornando muito particulares para cada país. No Brasil, durante o(s) período(s) ditatorial(is), os direitos sociais (por exemplo, os referentes aos direitos laborais, acesso à saúde, entre outros) eram reconhecidos, mas direitos políticos se encontravam sob ameaça e fragilizados.

Pode-se dizer que, na história brasileira, entre avanços e retrocessos, os direitos fundamentais de caráter social (portanto, com equivalentes e paralelos na segunda dimensão de direitos) se consolidaram depois dos direitos civis (de liberdade) e antes dos direitos políticos (direitos de primeira dimensão relativos à participação e à organização política).

Sobre essa realidade peculiar nacional, José Murilo de Carvalho, em *Cidadania no Brasil. Longo Caminho* (2002), questiona a crença generalizada de que a redemocratização pós-1985 traria a felicidade nacional com o pleno alcance da cidadania. Para o autor, esse ingênuo entusiasmo cívico, simbólico, político e juridicamente marcado pela CRFB/88, estabeleceu a expectativa de que a participação em um processo eleitoral livre implicaria, necessariamente, “garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social”. A liberdade (de participação, de manifestação do pensamento, de ação política e de ação sindical) existe, o que não pode ser dito sobre outros direitos, como se percebe com a perpetuação da “violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação” e as grandes desigualdades sociais e econômicas (CARVALHO, 2002, p. 07-08).

Ao observar que as dimensões da cidadania (compreendidas como a presença dos direitos civis – de liberdade, políticos – de participação e sociais – de igualdade) se desenvolveram de forma lenta, Carvalho (2020) menciona, como exemplo, que a Inglaterra reconheceu os direitos civis no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e, no século XX, os direitos sociais. O autor considera que a sucessão não é apenas cronológica, mas lógica: o reconhecimento e o exercício dos direitos e liberdades civis servem de base para a reivindicação de direitos políticos e, de forma similar, essa

participação acaba sendo responsável pela introdução de novos direitos sociais. É necessário destacar que Carvalho, com base nas análises de T. A. Marshall (1967), defende que a educação popular, mesmo sendo um direito social (ou seja, de “terceira onda”), se presta historicamente como um pré-requisito para que os demais direitos se expandam e se apresenta como requisito para um desenvolvimento mais rápido da cidadania. Mais do que isso, Carvalho aponta que a ausência de uma devida educação popular “tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política” (CARVALHO, 2002, p. 10-11).

O Ocidente, conforme José Murilo de Carvalho (2002), apresenta uma tradição da cidadania como um fenômeno histórico, mas marcado por caminhos distintos e que nem sempre seguem uma linha reta, podendo ocorrer desvios e retrocessos. O Brasil, em contraste com a Inglaterra, por exemplo, teve uma maior ênfase dos direitos sociais em relação aos demais e a sequência de reconhecimento dos direitos também foi diferente, precedendo os direitos sociais sobre os outros. Segundo Carvalho, esse diferencial brasileiro afeta a natureza da cidadania (2002, p. 11-12). No contexto brasileiro, o desenvolvimento do reconhecimento de direitos se fez apartado de uma educação crítica (e verdadeiramente popular). Em razão disso, inclusive, os direitos fundamentais parecem, no senso comum, ser uma pauta atrelada a *este* ou *aquela* partido (ou governo) e como uma “benesse” estatal e não direito cuja titularidade foi conquistada com luta (o que prejudica a sensação de pertencimento junto a esses direitos).

O alcance da cidadania em uma perspectiva democrática não se esgota com o direito ao voto universal, nem com o acesso aos direitos sociais (como o trabalho e a não discriminação salarial), mas envolve uma série de direitos fundamentais que devem ser fruídos simultaneamente para garantir a dignidade humana constitucionalmente prevista. Assim, para Brega Filho, por direitos fundamentais, em outras palavras, deve-se entender “os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas” e, por assim dizer, se constituindo como “o mínimo necessário para a existência da vida humana” (BREGA FILHO, 2002, p. 66-67).

Os direitos humano-fundamentais representam os interesses jurídicos constitucionalmente estabelecidos como necessários para que possa existir uma vida humana digna. Independentemente da “ordem” com que as dimensões ou grupos de direitos foram positivados, é importante observar que o reconhecimento de direitos

(sejam fundamentais ou humanos) passou a ocupar uma posição de bússola civilizatória que, de forma sucessiva, cumulativa e buscando que a qualidade desses direitos fosse melhorando a cada passo de reconhecimento, também direcionou uma ampliação dos horizontes jurídicos para solucionar problemas contemporâneos.

Os direitos que conferem a cidadania são dotados de fundamentalidade por força do que Ferrajoli chama de “pacto constitucional”, cuja “forma universal, inalienável, indisponível, e constitucional” revela a necessidade de tutela (como técnica ou garantia) das “necessidades substanciais cuja satisfação é condição da convivência civil e também causa ou razão social daquele artifício que é o Estado” (FERRAJOLI, 2011, p. 25-26).

Dessa forma, os direitos fundamentais legitimam a função dos Estados contemporâneos em regimes democráticos. Essa lógica é compartilhada por Ingo Sarlet, que entende esses direitos como parte da definição da organização do poder, do sistema de governo e da forma do Estado, além de ser a essência do Estado Constitucional. É possível afirmar, com Sarlet, que os direitos fundamentais são “não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (SARLET, 2012, p. 58).

A busca por uma visão *universalizante* desses direitos, nacional ou internacionalmente (principalmente), forçou a Ciência Jurídica a sustentar de forma científica e racional o reconhecimento desses direitos. Buscar um lastro científico e racional (construção objetiva), não apenas filosófico ou humanitário (que poderia ser valorado de forma subjetiva), fortalece esses direitos contra sabores políticos ou passionais de uma dada sociedade. Assim, ainda que haja críticas quanto à efetiva universalização dos direitos humanos (e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais) em razão do reconhecimento das diferenças e particularidades culturais, ou atribuindo uma visão (excessivamente) eurocêntrica (e estadunidense), essa teoria (a de universalização) construiu uma base de direitos mínimos (um mínimo existencial) a ser implementada por todos os membros da sociedade internacional.

A universalização constrói a lógica de que o indivíduo, como ser humano, é portador de direitos inegáveis pelo Estado (visto que o único requisito é que ele seja um ser humano, ou seja, uma pessoa humana). Trata-se de um processo de busca por uma real integração, para que seja, de fato, abrangente e, a despeito do que o senso comum teórico apresenta, ainda não se elaborou exatamente o que se pretende dizer com direitos humanos (não de forma suficiente, pode-se dizer). Como exemplo, o direito de liberdade de contrair matrimônio com quem se deseja (independentemente de sexo ou

gênero), o qual nada mais é do que um desdobramento do direito de liberdade, não foi devidamente apreciado no decorrer do tempo por todos os Estados. A liberdade, nesse sentido, “terá que se afirmar a favor do indivíduo, em nome da humanidade” (ELIAS, 1994, p. 189-190). O reconhecimento do direito ao casamento igualitário (ou à união civil igualitária) reflete (in)diretamente a luta em prol da humanidade como um todo.

Essa afirmação pode soar repetitiva ou redundante quando o direito à liberdade já se sacramentou na história constitucional brasileira e na tradição do direito internacional, entretanto, a questão não é tão simples. O direito fundamental à liberdade (sempre iluminado pelo princípio da dignidade humana) parecia não englobar, aparentemente até um passado recente no direito brasileiro, a liberdade quanto à orientação afetivo-sexual (ou mesmo a liberdade política)³⁵⁶.

Cabe destacar que a CRFB/88 não alude direta ou expressamente a “proibição da discriminação relativa à orientação sexual”, entretanto, “o sistema jurídico brasileiro oferece inúmeros instrumentos que norteiam o reconhecimento da qualidade de cidadão dos homossexuais”, sendo possível destacar, a título de exemplo, os estados como Mato Grosso³⁵⁷, Sergipe³⁵⁸, Pará³⁵⁹ e Alagoas³⁶⁰, que exercem tal tutela por intermédio das respectivas Constituições estaduais (BARANOSKI, 2016, p. 73)³⁶¹. Essa “omissão” identificável na CRFB/88 também se encontra em diversas normativas e tratados internacionais como se alude nos parágrafos que se seguem.

Observa-se, igualmente, que a *Carta das Nações Unidas de 1945*³⁶², não faz nenhuma menção direta à vedação da discriminação quanto à orientação afetivo-sexual. Entretanto, destaca-se que o respectivo preâmbulo prevê que cabe às Nações Unidas

³⁵⁶ A afirmação se dá no sentido de que a liberdade de constituir família só foi reconhecida no sistema nacional (de forma geral e com efeito *erga omnes*) apenas em 2011. A proteção contra atos de violência *LGBTfóbicas* apenas em 2019.

³⁵⁷ Conforme consta no Art. 10, III, da Constituição do Estado de Mato Grosso.

³⁵⁸ Conforme consta no Art. 3º, II, da Constituição do Estado de Sergipe.

³⁵⁹ Conforme consta no Art. 3º, IV, da Constituição do Estado do Pará.

³⁶⁰ Conforme consta no Art. 2º, I, da Constituição do Estado de Alagoas.

³⁶¹ A autora ainda destaca a proteção nacional das minorias homoafetivas mediante legislação infraconstitucional: Bahia (ainda Projeto de Lei desde 1999); Rio de Janeiro (Lei Estadual n. 3.406/00); Rio Grande do Sul (Lei Estadual n. 11.872/02); Distrito Federal (Lei Estadual n. 2.615/00); Minas Gerais (Lei Estadual n. 14.170/02); São Paulo (Lei Estadual n. 10.948/01); Santa Catarina (Lei Estadual n. 12.574/03); Mato Grosso do Sul (Lei Estadual n. 3.157/05); Piauí (Lei Estadual n. 5.431/04); Paraíba (Lei Estadual n. 7.309/03); Maranhão (Lei Estadual n. 8.444/06). A autora destaca que mais de 80 municípios brasileiros contemplam expressamente a proteção aos direitos humanos dos homossexuais e o combate à discriminação por orientação afetivo-sexual (BARANOSKI, 2016, p. 73).

³⁶² Que passou a ver parte oficialmente da legislação nacional por meio do Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945 que promulgou a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

“preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que [...] trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade” reafirmando “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”.

Ao estabelecer fé na *igualdade*, há que se considerar que esta deve se dar sem ressalva. O preâmbulo fixa a igualdade de gênero, a qual, com base nos direitos fundamentais, na dignidade humana e no valor do ser humano, implica que a medida do ser humano deve, em respeito a essa igualdade, reconhecer a ampla sacralidade da vida humana com dignidade, independentemente de qualquer condição.

O preâmbulo da Carta das Nações igualmente firma que todos os Estados (grandes ou pequenos) devem garantir “condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos”. Além disso, às nações cabe “promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”. O preâmbulo proclama o compromisso no reconhecimento da *igualdade* e da *liberdade* amplas.

No artigo 3 da Carta (1945), destaca-se que é propósito das Nações Unidas buscar a cooperação de todas as Nações para a resolução de problemas internacionais (de caráter econômico, social, cultural ou humanitário)³⁶³. O artigo sublinha ser propósito das Nações a promoção e o estímulo do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais *para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*. O artigo 13 do documento ratifica que a Assembleia Geral se dedicaria a estudos e recomendações com objetivo de promover essa cooperação para solução de problemas internacionais, favorecendo *o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*.

O Artigo 55, da *Carta das Nações Unidas* prevê que, na construção de condições de estabilidade e bem estar entre as Nações e em relações pacíficas e amistosas baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, seria favorecido *o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*. Nesse mesmo

³⁶³ Essa informação é pertinente considerando que a investigação da legislação estrangeira no reconhecimento das uniões homoafetivas é uma parte relevante da presente tese. Assim, analisar o direito internacional e a experiência internacional sobre o tema contribui para uma (potencial) teoria transnacional de vedação ao retrocesso de direitos fundamentais como um marco de vedação ao retrocesso civilizatório.

sentido, no Artigo 76, fica estabelecido que os objetivos básicos do sistema de tutela envolvem *estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião e favorecer o reconhecimento da interdependência de todos os povos.*

Por fim, fica facultado (no Artigo 62, 2) que o Conselho Econômico e Social poderá, perante a Assembleia Geral, os Membros das Nações Unidas e as entidades especializadas interessadas, fazer recomendações *destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos.*

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (também no ano de 1945) igualmente oferece em seu preâmbulo a afirmação do reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, titulares de direitos iguais e inalienáveis, constatação que é elemento fundante da *liberdade, da justiça e da paz no mundo.*

O preâmbulo da Declaração grifa a barbárie³⁶⁴ como resultado provindo do desprezo e do desrespeito pelos direitos humanos, visto que ultrajam a consciência da humanidade. Também afirma que a mais alta aspiração do *homem comum* é o advento de um mundo em que todos gozem de *liberdade de palavra*, de crença e de *liberdade de viver salvo do temor*. Além disso, ainda ratifica a crença nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na *igualdade* de direitos entre homens e mulheres. Proclama que os povos das Nações Unidas decidiram (ao reconhecer essas crenças) promover o progresso social e *melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.*

O Artigo 1º, da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, determina o reconhecimento de que a *liberdade* e a *igualdade* em direitos e dignidades são direitos de todas as pessoas. O dispositivo reconhece que as pessoas devem agir em relação umas às outras com espírito de *fraternidade.*

Ainda que não fale expressamente sobre orientação afetivo-sexual, o Artigo 2º da Declaração estabelece que a capacidade de gozar direitos e liberdades deve se dar *sem distinção de qualquer espécie* (seja por raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, como origem) *ou qualquer outra condição.*

³⁶⁴ A compreensão de que a recusa (seja pelo desprezo ou desrespeito) dos direitos humanos é um ato de barbárie e atentatório à consciência da humanidade é particularmente relevante para as análises que são desenvolvidas na Parte III da presente tese. A possibilidade de retrocesso no direito positivado via construção da hermenêutica constitucional do STF (que reconheceu a existência da união homoafetiva) e, conseqüente, do casamento homoafetivo (via CNJ) configuraria como um atentado ao processo civilizatório do Direito, bem como um ato atentatório da consciência humana.

Esse direito à igualdade se repete no Artigo 5º da DUDH quando o documento prevê que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante além de *reiteradamente reconhecer a igualdade entre todos os seres humanos sem qualquer distinção de qualquer natureza*. Todos têm o direito de ser reconhecidos como pessoa perante a lei em todos os lugares.

O Artigo 7º igualmente realça que todos são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção legal sem qualquer distinção, nesse sentido, destaca a proteção contra discriminação e contra qualquer incitamento em tal direção. No Artigo 8º se resguarda a toda pessoa o direito de receber dos tribunais competentes os remédios efetivos para atos que violem direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Nesse sentido, a DUDH, posto que não se expressou diretamente sobre a orientação afetivo-sexual, apresenta uma ampla proteção à igualdade de tratamento (não discriminação) e proteção da vida privada (no âmbito familiar). É possível identificar (em seu Artigo 12) a previsão que ninguém será sujeito a interferência na sua *vida privada*, na *sua família*, no *seu lar* ou ataques à sua honra e reputação, sendo toda pessoa dotada do direito à proteção da lei contra esse tipo de interferência ou ataques.

A Declaração, em seu Artigo 29, acentua a importância do livre e do pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa, observando que todos têm deveres para com a comunidade para que esse desenvolvimento se faça possível. Estabelece-se que as limitações ao exercício de direitos e liberdades se dará exclusivamente por determinação legal e dentro dos limites de assegurar o *devido* reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, bem como satisfazer às *justas* exigências da moral, da ordem pública e do bem estar de uma sociedade democrática.

Percebe-se que as pessoas homossexuais encontram resguardo de seus direitos em tais disposições, visto que o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa envolvem a livre condução de sua vida e, igualmente, o direito de constituição familiar sem limitações injustas do Estado. Fere a lógica democrática constitucional a existência de limitações injustas com base em julgamentos morais cristãos e discriminantes (valores religiosos não podem sobrepujar os valores humanísticos que foram racional e juridicamente construídos).

Considerando que a DUDH prevê a proteção junto aos órgãos judiciais por intermédio de remédios contra violações aos direitos fundamentais (reconhecidos legal ou constitucionalmente), há que se ponderar que a judicialização dessas pautas construiu-se como uma arena judicosa lógica. Houve uma *pavimentação legal* (com

peso simbólico e político) para que as violações de direitos humanos desembocassem no controle de constitucionalidade e/ou controle de convencionalidade. Há, portanto, na lógica dos direitos humano-fundamentais no pensamento jurídico contemporâneo uma legitimação positivada e normativa de judicialização de temas políticos.

Seguindo as fundamentações dos tratados internacionais sobre os direitos humanos e fundamentais pertinentes às reflexões da presente tese, traz-se à baila o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (1966)³⁶⁵. O referido pacto estabelece o reconhecimento da dignidade como característica inerente a todos os membros da família humana. Dispõe que o reconhecimento de direitos iguais e inalienáveis de todas as pessoas constitui o *fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*, considerando que tais direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.

O Pacto resgata, junto à DUDH, que a criação de mecanismos que permitam o gozo de direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais é condição *sine qua non* para que seja possível o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria. Em seu preâmbulo, o Pacto resgata a previsão da Carta das Nações Unidas que afirma que a todos Estados se impõe a obrigação de promover o *respeito universal* e o *respeito aos direitos e liberdades*. Ainda é salutar observar que *é dever* do indivíduo a consideração para com seus semelhantes e a coletividade no sentido de lutar pela promoção e observância dos direitos ali previstos e reconhecidos³⁶⁶.

Cabe observar que o Artigo 2 do Pacto prevê o compromisso dos (e entre os) Estados Partes de “respeitar e garantir a todos os indivíduos” sujeitos a sua jurisdição os direitos naquele instrumento reconhecidos *sem discriminação* alguma seja por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política *ou de outra natureza*, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento *ou qualquer condição*. O Artigo 4 aponta que, mesmo em situações extremas e excepcionais, quando podem ser adotadas

³⁶⁵ Que foi recepcionado pelo direito brasileiro por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, passando a ter plena validade e aplicação no sistema jurídico nacional.

³⁶⁶ Indivíduos livres devem, portanto, promover o mútuo reconhecimento (reconhecimento da igualdade e da diferença) com sentimento de fraternidade/solidariedade. Considerando-se que isso é um processo, cabe observar que essa *liberdade* é assegurada em um ambiente democrático (que se autoaperfeiçoa diante da crise) que a garante e também a limita (Parte I da presente tese), a *igualdade* é reconhecida pelas dialéticas das lutas sociais e do reconhecimento da diferença como fator de reconhecimento do multiculturalismo existente na sociedade e na necessidade de o Direito reconhecer esses aspectos (Parte II). Esse reconhecimento, fruto das dialéticas sociais, da argumentação jurídica e da teoria da decisão na jurisdição constitucional, deve blindar os direitos fundamentais conquistados e reconhecidos pela lógica da *fraternidade/solidariedade* contra o risco de retrocesso, ainda que apresente um caráter de *backlash popular* ou promovido pelo Executivo, pelo Parlamento ou pelo próprio Judiciário em um momento posterior (Parte III).

medidas que suspendam as obrigações decorrentes dos Pactos, não se permite que tais providências acarretem *discriminação* (elencando os motivos de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social³⁶⁷).

A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis também encontra respaldo no Artigo 7, em que se estabelece a vedação ao tratamento e penas cruéis, desumanos ou degradantes, bem como, sobretudo, proibindo-se *submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas*³⁶⁸. Considerando a integridade física, o Pacto também se preocupa com a integridade dos direitos de liberdade e intimidade, no Artigo 17, ao considerar que *ninguém pode ser vítima de ingerências arbitrária ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou correspondência, bem como não pode ser objeto de ofensas ilegais à sua honra e reputação*, prevendo o direito de toda pessoa à *proteção da lei contra essas ingerência ou ofensas*.

Em complemento à proteção da família e atribuindo-lhe valor, o Artigo 23 do Pacto reconhece que esta instituição é elemento natural e fundamental da sociedade, devendo ser protegida pela sociedade e pelo Estado como um verdadeiro direito. Não há um conceito claro de família, o que permite entender uma compreensão mais ampla e humanitária de família (não se excluindo as famílias homoafetivas dessa proteção). O artigo apenas reconhece que homem e mulher têm direito a contrair casamento e constituir família quando atingirem idade núbil, nada dispondo que esse casamento é, obrigatoriamente, entre homem e mulher.

A defesa das minorias e dos grupos vulneráveis também encontra respaldo no Artigo 26 daquele documento. O dispositivo afirma que todas as pessoas são iguais perante a lei, dotadas do direito a igual proteção normativa *sem discriminação alguma*. Também estabelece o dever da Lei em proibir *qualquer forma de discriminação* e garantindo a *todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer forma de discriminação* (incluindo as motivadas por raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política *ou de outra natureza*, origem, situação econômica, nascimento *ou qualquer outra situação*).

³⁶⁷ Considerando a integralidade do documento há que se considerar que se trata de um rol exemplificativo e não exaustivo, logo as discriminações em razão da orientação afetivo-sexual, por consequência lógica, também não poderiam motivar medidas discriminatórias nem mesmo em situações extremas e excepcionais.

³⁶⁸ No que se refere à população LGBTQ+ esse dispositivo se coloca diametralmente contra qualquer tipo de proposta de legitimar procedimentos de terapias de reorientação sexual (vulgo “cura gay”).

O *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais*, 1966³⁶⁹; reitera os termos do preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelecendo os direitos de igualdade, direitos fundamentais e dignidade humana³⁷⁰. O Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais traz em seu artigo 2º a mesma disposição dos Estados Partes comprometendo-se a garantir os direitos presentes no instrumento e que esses direitos seriam exercidos sem discriminação alguma, de qualquer natureza ou qualquer outra situação.

O Artigo 5º do Pacto reforça a impossibilidade dos Estados-Membros de interpretarem o instrumento no sentido de furtar-se das obrigações presentes, bem como fixa que aqueles não poder ferir os direitos e/ou liberdades ali reconhecidos, nem impor limitações além das previstas no documento.

No sentido de reforçar ideias de proteção à família estabelecidas no documento anterior, o Artigo 10 reconhece que a família é um elemento natural e fundamental da sociedade, devendo ser garantido à família as mais amplas proteções e assistência possíveis, *especialmente para a sua constituição*. O dispositivo também destaca a necessidade do livre consentimento dos nubentes.

Outros instrumentos também sublinham o princípio da igualdade e da não discriminação. Tenha-se como exemplo a *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, CEDAW (1979) que, nos seus *considerandos*, evidencia que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirma “o princípio da não-discriminação”, proclamando que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Assim, todos os direitos e as liberdades presentes na DUDH *podem ser invocados sem distinção alguma*, inclusive de sexo.

A *Declaração e Plataforma de Ação da III Conferência Mundial sobre Direitos Humanos* – Viena (1993) também reconhece e afirma que todos os Direitos Humanos decorrem da *dignidade e do valor inerentes à pessoa humana*. O documento destaca que *a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais*, logo, deve ser *seu principal beneficiário* e participar ativamente na *realização desses direitos e liberdades*. O texto confirma que todos os Estados-Membros têm responsabilidade de desenvolver e encorajar o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais de todos, *sem distinção*, em conformidade

³⁶⁹ Recepcionado no direito brasileiro em Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

³⁷⁰ Como muitas das disposições presentes nos pactos são muito próximas, o segundo pacto está apresentado pontualmente, reforçando que ambos os documentos são conjuntamente um compromisso internacional em prol dos direitos fundamentais e humanos.

com disposto na Carta das Nações Unidas, cujo preâmbulo reafirma *a fé nos Direitos Humanos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana, e na igualdade de direitos de homens e mulheres.*

O instrumento, igualmente, relembra a determinação dos povos que se expressaram no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas assumindo o dever de preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, de estabelecer as condições que permitam a manutenção da justiça e do respeito pelas obrigações decorrentes do Direito dos Tratados, bem como de outras fontes do Direito Internacional. Também rememora a determinação de promover o *progresso social* e melhores condições de vida a partir da lógica/conceito mais amplo de liberdade, da prática da tolerância e a da sã convivência, bem como de empregar os mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

O instrumento evidencia que a Declaração Universal dos Direitos do Homem constitui um padrão comum a ser seguidos por todos os povos e todas as nações, destacando o princípio *universalizante* (e vinculante) dos princípios ali estabelecidos, servindo como fonte de inspiração e base para o progresso das Nações Unidas e do próprio processo civilizatório da humanidade. Essa base para o progresso de todos os Estados-Membros e da própria sociedade internacional se encontra presente e expressa nos instrumentos internacionais em matéria de Direitos Humanos (com particular destaque para o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e no *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, mencionados).

A *Declaração e Plataforma de Ação da III Conferência Mundial sobre Direitos Humanos* – Viena (1993) também fixa como um de seus *considerandos* as alterações mais significativas na cena internacional³⁷¹ e que todos os povos aspiram por uma ordem internacional que tenha por base os princípios gerais, como a promoção, o encorajamento do respeito pelos Direitos Humanos, pelo respeito das liberdades fundamentais para todos e pelo princípio da igualdade de direitos, do Estado de Direito, do desenvolvimento e pela busca de melhores padrões de vida e de solidariedade, todos estes consagrados na Carta das Nações Unidas. O documento, assim como os mencionados, grifa o combate à discriminação especialmente, voltando-se àquela em razão de sexo.

³⁷¹ É possível extrair de tal preocupação um destaque para a importância das pautas que ascendem ao debate internacional, como os direitos das minorias e as uniões homoafetivas.

A história constitucional brasileira também reflete a experiência identificada nos documentos internacionais de relativa omissão. É válido destacar que, perante o quadro histórico brasileiro, a CRFB/88 inaugurou um tratamento amplo e diferenciado para direitos de minorias e grupos vulneráveis, não se encontrando normas ou princípios gerais que pudessem abrigar os direitos desses grupos (não diretamente) nas Constituições brasileiras anteriores. Princípios constitucionais hoje expressos (como dignidade, solidariedade e igualdade) não estavam presentes ou apresentados nas Constituições anteriores (talvez com ressalvas às de 1946, 1967 e 1969, em alguma medida) com amplitude.

É o que se deu com a *igualdade*, a qual se limitava praticamente ao axioma de que *todos são iguais perante a lei*. Até numa perspectiva internacional, como visto, essa previsão foi deficitária despontando apenas a partir da Segunda Guerra Mundial: a Declaração Universal de Direitos, de 1948, e documentos internacionais seguintes em 1948, 1951, 1960, 1965, 1966, 1975, 1978, 1984, 1991, 1992 entre outros, é que acabaram versando sobre “várias formas e modalidades de minorias e postulando pela necessidade de sua proteção”, o que permite inferir que, no plano internacional, “a preocupação com a jurisdicionalização dos direitos das minorias nasceu tardiamente”, o que se espelhou na realidade brasileira que, mesmo com a ratificação dos documentos internacionais, só encontrou respaldo e aprovação após a CRFB/88 (FERRAZ; BAPTISTA, 2016, p. 64).

Os direitos humanos são direitos que visam à realização da condição de igualdade (ainda que apresentando um patamar mínimo) entre todos os seres humanos, independentemente de origem social ou geográfica, nacionalidade, etnia, sexo, gênero, *orientação afetivo-sexual*, posicionamento político ou religioso. Para isso, considerando as diferenças culturais presentes em todo o globo, é salutar reconhecer que os direitos humanos são coerentes com a lógica da multiculturalidade, e esta com o método do constitucionalismo democrático.

Nesse sentido, vale destacar a defesa de Boaventura de Sousa Santos por uma “reconceptualização” dos direitos humanos como sendo *direitos multiculturais*, por serem dotados de “uma pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre competência global e legitimidade global, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo” (SANTOS, 1997, p. 19).

Como destacado por Saulo de Oliveira Pinto Coelho (2012), uma delimitação consistente dos Direitos Humanos constitui um desafio (o que se poderia chamar de uma *tarefa ampla e melindrosa*), considerando o problema de identificação das características conceituais chaves para tanto. Assim, é possível traçar uma análise precisando apenas alguns *elementos conceituais chaves* que permitam uma compreensão funcional, por exemplo, à sua dimensão de historicidade (o que envolve tanto o seu aparecer ontológico, quanto na esfera de seu funcionamento lógico-sistemático) dentro de um dado ordenamento jurídico (PINTO COELHO, 2012, p. 291). A exemplo do autor, a identificação do comportamento conceitual do aspecto histórico dos Direitos Humano-fundamentais constitui um aspecto relevante dessa investigação.

Verificar o aspecto do reconhecimento dos direitos fundamentais no plano de sua fundamentação³⁷² oferece um panorama de legitimação da validade jurídico-política desses direitos (frutos, pois, de articulações mais ou menos organizadas). De outra monta, observar como esse reconhecimento formal passa a ser apropriado pelos grupos minoritários e vulneráveis como instrumento de reivindicação junto às estruturas político-institucionais do Estado quanto como argumento de *empoderamento* para o seu reconhecimento na dimensão social (na dimensão simbólica da argumentação e da legitimação desse reconhecimento), são aspectos relevantes para que seja visto o progresso estabelecido a partir dos direitos humanos e fundamentais para a sacralização das conquistas nos mais diversos sistemas jurídicos.

Partindo disso, após analisar elementos de identificação pontuais para a compreensão dos direitos fundamentais no pensamento jurídico contemporâneo, válido se mostra destacar também as limitações históricas (e ideológicas) dessas concepções, visto que tais limitações também servem como paradigmas a serem superados pelo discurso jurídico de emancipação de minorias e grupos vulneráveis. Considerando que até mesmo as motivações iniciais desse reconhecimento no plano normativo eram excludentes, visando a privilegiar no mais das vezes grupos já privilegiados, tais disposições possuíam em si mesmas, o gérmen de sua própria superação. Ainda que não estivesse na “vontade do Legislador” uma visão expansiva do (e no) reconhecimento de direitos fundamentais e humanos, tais direitos progrediram conceitual-fundamental-e-

³⁷² Sendo esse um reconhecimento no aspecto formal, seja no âmbito interno dos Estados, o fazendo especialmente com o status constitucional desses direitos, seja no âmbito internacional com o Direito dos Tratados.

factualmente para além de suas vestibulares delimitações como respostas às demandas sociais e ao progresso da maturação democrática.

Cabe, portanto, na presente tese, abordar essa ideia de superação do paradigma normativo como resposta histórica-jurídica-e-social dos direitos fundamentais com foco em minorias e grupos vulneráveis, tendo por óbvio recorte as populações LGBTQ+.

5.2. Direitos Fundamentais e o caráter excludente de suas primeiras concepções.

O Direito, por ser eminentemente conservador em sua gênese, graças à sua pretensão de manter a ordem social eleita, foi, em algum momento do desenvolvimento humano, originalmente formatado como elemento imprescindível para que houvesse (e ainda haja) convivência pacífica dos indivíduos³⁷³. Isso pode ser comparado com uma espécie de “fotografia” que foi tirada pelas autoridades em um dado momento histórico e essa imagem estanke se tornou o padrão a ser conservado. A partir daí o Direito passou a servir como elemento garantidor dessa manutenção do *status quo*, tal como representado na metáfora da fotografia, sendo essa sua principal incumbência. Esse padrão do que se estabeleceu como “normal” (donde se derivou a ideia de *norma*) também representou que o que não estivesse nele contido receberia a pecha de subversivo e algo a ser corrigido (RESENDE, 2017, p. 430).

Obviamente, tais autoridades que estabeleceram a imagem do que deveria ser considerado normal (por essa razão conservado) e, conseqüentemente, excluindo o que lhe fosse estranho determinando-o como errado, perigoso e, portanto, condenável, compunham um grupo seletivo e muito limitado de pessoas. É irrelevante traçar maiores digressões históricas para reconhecer que essa lógica da construção do Direito na modernidade se deu a partir do homem branco médio na tradição ocidental³⁷⁴.

³⁷³ Jorge Rubem Folena de Oliveira discorre que, visto ser o Direito uma criação humana, é direcionado considerando os interesses impostos pela sociedade (o que o torna algo dinâmico para que, a cada época, seja capaz de acompanhar anseios e interesses em transformação). Afirmar também que é fruto da vontade da sociedade em autorregulamentar-se e, nesse aspecto, manifesta-se para controlar o homem social ou também sob a forma de um sistema de controle social. Na perspectiva de ser um instrumento de dominação, o Direito vai servir quem detiver o controle do poder político na organização social e que é capaz de impor a sua vontade, o que se pode “verificar com facilidade nos processos legislativos” (OLIVEIRA, 1997, p. 377-378).

³⁷⁴ O Direito (enquanto fenômeno social) é, por certo, muito anterior à modernidade ou mesmo à consolidação do Direito como um saber técnico como estabelecido na Europa Moderna. A História indica que o Direito (ainda que com outra conformação) se fez presente desde às primeiras organizações sociais, mesmo que fortemente atrelado com o místico-religioso, com preceitos de ordem costumeira e privada, passando apenas com as sociedades clássicas (greco-romana, especialmente) a ser um instrumento estatal e autônomo (ainda que relativamente) de outras tradições. A explicação presente nessa nota, vale destacar, presta-se apenas a esclarecer que a pesquisa não está ignorando as tradições anteriores, mas

Essas configurações foram marcadas por uma visão machista do Direito (e dos direitos) muito arraigada na moralidade judaico-cristã burguesa, voltada a um grupo em ascensão nas dinâmicas políticas dos Estados na modernidade. O homem branco, hétero, nacional e cristão, considerado adulto e detentor de posses, foi eleito/escolhido como a régua que deveria medir a noção do correto e, conseqüentemente, do bom e do justo³⁷⁵. Nesse sentido, as mulheres (não-homens), os não cristãos (e até mesmo os cristãos de outra denominação, como se deu com os católicos em nações protestantes, os protestantes em nações católicas, os judeus em ambas) e estrangeiros (não nacionais) foram colocados à margem do discurso político e mesmo da apreciação do direito. Essa visão, muito centrada da identidade do que (e quem) se poderia entender como “sujeito de direito”, é particularmente perversa com as pessoas LGBTQ+³⁷⁶.

A noção de “machismo”, entendida nesse contexto crítico do direito enquanto mecanismo de manutenção de *status quo* e de controle social (e dominação), se faz perceptível no sentido em que naturaliza uma dimensão de “celebração das expressões social e sexual do poder masculino e da virilidade” como se fosse “norma cultural central” na cultura latino-americana (SKIDMORE; SMITH, 2005, p. 63). Essa noção (que não se limita ao contexto latino americano, ainda que esteja fortemente presente em razão de aspectos religiosos e históricos, a partir da colonização) pode ser identificada no contexto do Direito e da norma tanto de forma expressa (quando se criminaliza a prática homossexual, por exemplo) ou subliminar (quando se verifica uma total omissão do legislador para com os direitos de minorias e grupos vulneráveis que

busca ser mais objetiva no sentido de entender o fenômeno jurídico e suas transformações com implicações diretas no constitucionalismo, nos direitos humanos e na teoria democrática contemporâneos.

³⁷⁵ Roger Raupp Rios e Flávia Piovesan, discorrendo sobre discriminação de gênero e em razão de orientação afetivo-sexual, afirmam que homossexuais estão presentes entre “brancos e negros, pobres e ricos, comunistas e liberais, ateus e crentes, e assim por diante, não dependendo, portanto, de raça, credo, classe social, cor, condição econômica, religião ou orientação política”. Entretanto, afirmam os autores, é possível articular um discurso sobre discriminação sexual em minorias de forma efetiva, pois “na medida em que existe um padrão dominante [...] [p]odemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista”. Logo, segundo Rios Piovesan, o enfrentamento e superação da discriminação por orientação afetivo-sexual impõem o reconhecimento de direitos e o avanço na “discussão e na efetividade dos direitos fundamentais, dos direitos humanos” (RIOS; PIOVESAN, 2003, p. 156-157).

³⁷⁶ É importante observar que a pesquisa adota o tempo verbal no presente mesmo e não no passado por entender que essa perversidade das “regras do jogo” ainda é uma constante nas dinâmicas sociais contemporâneas. Seria inocente pensar que, mesmo com a ampliação das teorias voltadas para os direitos humanos e do reconhecimento das minorias tanto na esfera internacional (Direito dos Tratados, por exemplo) quanto na esfera nacional (via judicial ou, ainda que timidamente, na produção parlamentares), as populações LGBTQ+ estariam livres da visão ainda presente de que se trata de cidadãos de segunda categoria. A ascensão dos movimentos institucionais de vozes conservadoras e reacionárias que buscam retirar e negar as conquistas desses grupos na história recente, como as presenciadas no tempo presente (a tese oferece elementos mais objetivos sobre essa reflexão no Capítulo VIII) são um exemplo de que a perversidade ainda existe e está se institucionalizando em claros sinais de *Backlash*.

estão na sociedade, mas se encontram à margem do Direito como se fossem sujeitos inexistentes e ocultos)³⁷⁷.

Aengus Carroll, por exemplo, aponta que, ainda em 2017, um total de 71 (setenta e um) países (o que corresponde à 37% dos Estados-membros das Nações Unidas) criminalizavam a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo. Nas Américas, o número de países que em 2017 criminalizavam a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo era de 10 (dez) países, sendo que quatro deles criminalizavam apenas as relações entre homens, não se estendendo a tipicidade para o sexo entre as mulheres (CARROLL, 2017, p. 38-40). O relatório revela que 12 (doze) países e alguns territórios da Síria punem a prática homossexual com a pena de morte, sendo esses países pertencentes ao Continente Africano e ao Asiático (CARROLL, 2017, p. 40).

No Brasil, apesar de a homossexualidade ter sido descriminalizada em 1831, Renato Rossato Amaral (2017, p. 52) destaca que a descriminalização oficial não resultou que atos homossexuais deixassem de ser punidos. O autor menciona o uso de referência *sutis* no Código Penal em 1890, como “atentado ao pudor” e “libidinagem”, para referenciar a punição de atos de homoafetiva-sexualidade, aspecto que se manteve no século XX, como visto no processo contra o jornal “O Lampião”, por suposta infração contra a moral e os bons costumes como uma repressão da homossexualidade (em razão do jornal ser editado por artistas e intelectuais homossexuais).

É necessário, como colocado por Amaral (2017, p. 52), perceber que a estigmatização e a perseguição contra homossexuais não se encerram com a revogação da legislação criminal, ou que a superação legislativa impeça que o legado discriminatório e preconceituoso em face dos indivíduos homo e biafetivo-sexuais sejam abandonados. A superação dessas questões envolve tanto o reconhecimento institucional (normativo, jurisprudencial, político) das pautas das minorias e dos grupos vulneráveis, quanto um fortalecimento dos movimentos sociais e com isso da sociedade.

Quando se procede com uma leitura histórica da Democracia e dos direitos humanos e fundamentais, observa-se que, em seus momentos iniciais, a legislação restringia seu gozo apenas para a uma parcela reduzida e privilegiada da sociedade, o que fica evidente quando se vincula a ideia de fruição de direitos com o status de cidadão. Nesse sentido, Mario Thadeu Leme de Barros Filho e Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (2013) sublinham o uso da expressão *displaced persons*

³⁷⁷ Uma análise dos dados disponíveis sobre a criminalização da prática sexual entre pessoas do mesmo sexo em uma perspectiva global se encontra nos anexos da presente tese.

(pessoas deslocadas) ao se referir aos apátridas e pessoas deslocadas que perderam seus lares (como é o caso dos refugiados), acabando por perder sua cidadania e em razão disso têm sua existência ignorada nas comunidades organizadas. Os autores observam que o estabelecimento de um sistema normativo de proteção dos direitos humanos é insuficiente para que estes de fato se realizem³⁷⁸, destacando que inevitavelmente se conclui que o paradoxo dos direitos humanos ainda persiste na atualidade, sendo o desafio dos direitos humanos no século XXI sua concretização no que se refere ao direito a ter direitos (BARROS FILHO; BARROS, 2013, p. 9-10).

A premissa de análise apresentada pelos autores serve para ilustrar uma constatação que pode se enquadrar em diversas outras minorias e outros grupos vulneráveis além dos apátridas e refugiados. Assim como existem *displaced persons*, poder-se-ia constatar igualmente que existem as *denied persons* (pessoas negadas), as quais, por condições de não se enquadrarem nos requisitos de pertencimento ao grupo majoritário em uma dada sociedade, são negadas em sua humanidade ou em sua cidadania (ou qualquer outra dimensão de sujeito de direito ou de gozo de direitos que se lhe possam atribuir). Para as *denied persons*, a concretização do direito a ter direitos é uma constante luta, visto que além da concretização (no sentido de fruição e gozo) essas minorias e esses grupos vulneráveis ainda demandam pelo reconhecimento formal de direitos em muitos casos.

Cabe a consideração de que, diante de novos cenários de exercício de poder, se torna possível a ascensão de reivindicações de minorias e grupos vulneráveis por cidadania, sendo as minorias sexuais um exemplo dessa *nova* modalidade. Assim, reconhece-se também o surgimento de movimentos (ou contramovimentos) oriundos da sociedade civil organizada que são utilizados como formas de controle dos processos de subjetivação³⁷⁹. Disso, diversas reflexões se tornam relevantes, por exemplo, pensar se seria possível construir uma cidadania ativa que prescindia do Estado a despeito de ser ele, ainda, um dado relevante no jogo político, ou mesmo pensar como repensar a Democracia para que a cidadania viabilize a alteridade assegurando os direitos de cidadanias a todos, visto ser essa uma condição de sobrevivência da própria Democracia (ALVES, 2009, p. 100).

³⁷⁸ Oferecem os autores uma visão também muito próxima a de Saulo de Oliveira Pinto Coelho, como analisado no item anterior (5.1).

³⁷⁹ Fernando de Brito Alves destaca que essa ascensão de movimentos identitários (ou contramovimentos) está acompanhada de “novas formas de controle, mais sutis e difusas, que servem para manutenção do *status quo* das elites” (2009, p. 100).

A discussão quanto à ausência de uma efetiva cidadania nas virtualidades e perspectivas da consolidação democrática no Brasil, é analisada por Maria Victória de Mesquita Benevides (1994) que observa que a proposta (bem como a consciência e fruição de direitos), ou a ausência de povo, é um tema recorrente. A autora destaca que as características da cidadania excludente e mais vinculada a direitos sociais, bem como os obstáculos à extensão da cidadania, são decorrentes da história nacional marcada pela “tradição oligárquica, autoritária, populista e corporativista” ficando os direitos políticos ligados à crítica à representação e ao sistema eleitoral (BENEVIDES, 1994, p. 05).

Em uma análise histórica (buscando discorrer sobre temas relativos à cidadania e participação política³⁸⁰), Benevides (1994) aponta que, em 1791, Robespierre e o Abade Henri Gregoire defendiam radicalmente os direitos de maior participação política, lutando contra a discriminação entre cidadãos ativos e passivos para o novo regime. Entretanto, em um cenário de “ardor revolucionário dos que pretendiam instaurar o reino da igualdade”, observa a autora, “se todos seriam iguais – todos seriam *citoyens* – alguns já seriam mais iguais do que outros”. Então, em razão da ideia moderna de cidadania e direitos do cidadão ter suas raízes “nas lutas e no imaginário da Revolução Francesa”, também a atual leitura está carregada das ambiguidades daquelas concepções, cabendo refletir sobre o que significa ser cidadão e qual a relação entre cidadania e Democracia, bem como qual o critério para se identificar (ou não) os direitos do cidadão (BENEVIDES, 1994, p. 05-06).

Segundo Benevides, para Robespierre, seria o patriotismo (ter um coração francês) o critério definidor da cidadania, oferecendo uma ideia muito imprecisa, que parece estar influenciada por Rousseau (2006) que, em seu *O Contrato Social*, lançado em 1762, atribuía a cidadania aos que fossem merecedores (significando aquele que estivesse disponível para cuidar/proteger a coisa pública). É fácil observar que, já no final do século XVIII, “a distinção entre cidadãos, vassalos, ativos e passivos” já

³⁸⁰ A autora destaca a relevância de uma “educação política do povo, como elemento indispensável – tornando-se causa e consequência – da democracia e da cidadania”, aspecto esse primordial para o desenvolvimento de uma sociedade amadurecida para os direitos fundamentais e humanos. Cabe observar que a autora também defende um “aperfeiçoamento dos direitos políticos do cidadão pela implementação de mecanismos de democracia direta, como referendo, plebiscito e iniciativa popular” (BENEVIDES, 1994, p. 5) aspecto que é, no mínimo, problemático quando se observa que essa participação política pode se converter em instrumento de legitimação de interesses de elites sob o “manto” da chancela democrática. Como debatido na presente tese, há que se promover inicialmente uma eficácia material dos direitos fundamentais para que se promova a educação política necessária para que o exercício da democracia direta tenha efetivos e eficazes resultados.

comprometia “a natureza igualitária da noção moderna de cidadania” (BENEVIDES, 1994, p. 06).

A questão da cidadania como *um direito a ter direitos* (e fruir tais direitos) passou a ser, no século XX, uma preocupação internacional por se identificar fragilidades na lógica soberana dos Estados sob o ponto de vista jurídico. Identificou-se que a concepção dos direitos fundamentais ou da obrigatoriedade de se resguardarem (ou limitarem) direitos sob a escusa de “soberania” constitui(ria) uma falácia argumentativa para, em muitos casos, apenas conservar os interesses de grupos específicos quando o diálogo internacional tende(ria) para uma direção que desagrade esses grupos de poder.

Os primeiros passos em matéria de direitos fundamentais (ainda que se constituíssem como avanços jurídicos e sociais iniciais sobre o assunto) revelaram-se exclusivistas e destinados para categorias específicas de pessoas, como foi o caso da (i) *Magna Carta*, de 15 de junho de 1215 e as normativas que marcaram a História ocidental em matéria desses direitos: como a (ii) *Petition of Rights*, de 1628, o (iii) *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o (iv) *Bill of Rights* de 1689).

Os primeiros documentos representavam preocupação com os proprietários de terra (barões), ou seja, protegendo uma classe de pessoas (os membros e interesses da Câmara dos Lordes), não se configurando como inquietação a garantia dos direitos do cidadão. Nesse sentido, os princípios fixados por esses textos foram inicialmente orientados pra alguns estratos sociais (cidadãos *optimo prime*), mas que com o tempo tiveram sua aplicação ampliada (até sua consagração universal) estendendo-se a todos os cidadãos ingleses (BREGA FILHO, 2002, p. 06-08).

O argumento da soberania de um Estado ou a presunção (cega) da legitimidade das leis emanadas dentro das exigências formais de dado sistema jurídico, como se esses dois argumentos representassem a legitimidade de qualquer ato (e produção legislativa) de um Estado, são questionados tendo como especial exemplo paradigmático o caso do nazismo alemão no século XX. Especialmente, no que tange à exclusão de pessoas homossexuais, o regime é um exemplo a ser considerado (pela dupla retirada de cidadania sofrida).

Os crimes contra a humanidade cometidos pelo regime nazista (que estava devidamente amparado pelo sistema jurídico normativo estatal) têm como principal lembrança a perseguição e a morte das comunidades judaicas, por diversas razões. Entretanto, lembre-se de que outras minorias foram também alvo de extrema violência

considerando os milhões de poloneses, russos, ciganos, católicos, gays e pessoas com deficiência que foram aprisionados em campos de concentração e sofreram do mesmo horror que os judeus, sendo mortos, executados ou submetidos às experiências científicas, além de seu uso como trabalhadores forçados (SIMONETTI, 2006, p. 51).

Quando se referem à população homossexual, os registros indicam que cerca de cem mil foram detidos pelo regime nazista (com metade desse número levado à prisão e cerca de 10 a 15 mil para os campos de concentração, onde 70% destes morreram). Simonetti (2006) indica que a história convenientemente aparenta ignorar que mesmo no período pós-guerra os sobreviventes do regime continuaram sendo perseguidos na Alemanha pós-nazista. Estes, em razão de sua orientação afetivo-sexual não mais eram vistos como prisioneiros políticos, mas na condição de criminosos graças à uma lei promulgada após a libertação dos campos de concentração que criminalizava a prática homossexual.

Essas pessoas continuaram sendo alvo de um processo de violência institucional e Estatal, “sendo detidos e presos, excluídos das indenizações do governo”. Simonetti indica que, para esses sujeitos, restava o suicídio, os casamentos (forçados, portanto) e o isolamento (marginalização auto imposta), visto que, na Alemanha Ocidental, nos anos cinquenta e sessenta, o número de prisões tendo por motivo a homossexualidade foi tão alto quanto no período nazista (SIMONETTI, 2006, p. 51)³⁸¹.

Rothenburg menciona o exemplo nazista como um dos casos especialmente conhecidos de discriminação por orientação afetivo-sexual manifesta na perseguição ampla e difundida de homossexuais que eram marcados com o triângulo rosa. O autor, mencionando a pesquisa de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005), sublinha que a Alemanha apenas reconheceu publicamente sua responsabilidade quanto aos atos de barbarismo em face dos homossexuais no ano 2000 enquanto outras minorias também perseguidas (como judeus, testemunhas de Jeová, ciganos, comunistas etc.) tiveram esse reconhecimento muito antes (ROTHENBURG, 2017, p. 165).

³⁸¹ É possível, sob a perspectiva da exclusão, traçar muitos paralelos entre as perseguições sofridas pelos judeus e pelos homossexuais (marginalizados social, cultural e juridicamente) inclusive sob o argumento religioso e da tradição. Há que se reconhecer, entretanto, que determinados grupos têm sua condição de marginalização reconhecida e compensada, enquanto outros não. Apenas mudaram os atores, mas a perseguição aos homossexuais continuou, valendo questionar em que ponto a crítica internacional sobre a negação da cidadania foi para eles válida (dentro de uma perspectiva de atenção imediata).

O protagonismo no processo de reconhecimento dos direitos, que originária e prioritariamente são resultado de lutas sociais³⁸², foi sendo apropriado pelas classes políticas (como a história brasileira, por exemplo, testemunha) gerando uma perspectiva paternalista e clientelista onde se passou a interpretar o reconhecimento de direitos como um “favor” do Estado e não uma “titularidade” da pessoa humana.

Conforme Benevides, a construção dos direitos no cenário do liberalismo, ainda que um avanço, evidenciou “a contradição entre teoria e prática, na medida em que direitos passam a ser entendidos como concessões”, ou seja, entendidos como “benesses para protegidos, tutelados, clientelas” e “não como prestações legítimas para cidadãos livres e iguais perante a lei” (BENEVIDES, 1994, p. 07). Essa deturpação na concepção dos direitos de cidadania (portanto, fundamentais) refletiu na construção do direito por todo o Ocidente, repercutindo na estruturação da arquitetura de poder e da própria Democracia para excluir alguns grupos (os indesejados) e favorecer outros (os grupos de apoio), ainda sobre a lógica de que *todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros*.

A luta das minorias e dos grupos vulneráveis para desconstruir esse paradigma jurídico-fático promoveu uma releitura na interpretação dos direitos fundamentais como os direitos de liberdade, por exemplo. Os direitos de liberdade não mais se limitaram em uma interpretação de Estado Absenteísta. Em similar sentido, os direitos econômicos e sociais não podem, necessariamente, levar à presunção de que são direitos que oneram a sociedade e o Poder Público (o que lhes traz uma carga negativa de “peso” para o sistema jurídico e para a população), devendo-se abandonar esse senso comum (teórico).

Os direitos fundamentais são constituídos, como um todo, por uma afinidade intrínseca de modo que deve haver uma conexão de ações complementares e simultâneas para sua realização. Trata-se de questão complexa, a qual depende do Estado, mas não unicamente dele, mas também de uma (re)formatação da lógica da esfera privada (que demanda inclusive, uma aceitação do sistema democrático em uma perspectiva fraterna e solidária que legitime a retirada de determinados temas do espaço de deliberação pública).

³⁸² Os direitos são resultados de lutas progressivas, sendo que a conquista de liberdades negativas (direitos civis), cria as condições de participação política (direitos políticos), que vão resultar no reconhecimento de direitos prestacionais (direitos sociais).

É preciso considerar que os ordenamentos jurídicos existentes se configuram como palco de conflitos entre as normas e os princípios dos direitos humanos e das questões deflagradas no contexto social, sendo esse diálogo de difícil compreensão e aplicação (PIROTTA, 2009, p. 11). Numa perspectiva macro, a preocupação com uma leitura mais ampliada de cidadania e de garantia dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas provoca uma preocupação transnacional que, sob muitos aspectos, favorece (simbólica, filosófica e normativamente) o reconhecimento da cidadania homossexual para além das previsões legais emanadas dos legislativos nacionais.

A solução dessa aparente contradição entre fundamentos (normas e princípios), ordenamentos jurídicos e conflitos oriundos das dinâmicas sociais deve considerar a leitura hermenêutica da norma jurídica como balizadora das dinâmicas conflitivas (especialmente considerando a função e fim dos direitos humanos), destacadamente, quando se trata de minorias e grupos vulneráveis que estão prejudicados nas dinâmicas políticas de dada sociedade³⁸³. A interpretação hermenêutica estaria, portanto, incumbida de ser elemento prevalente de adequação do resultado da interpretação à realidade (considerando-se que essa interpretação foi obtida com base nos princípios gerais dos direitos humanos e com os princípios constitucionais) (PIROTTA, 2009, p. 11-12).

A aparente incompatibilidade entre fundamentação em abstrato e os problemas sociais em concreto estaria resolvida com o controle de constitucionalidade (e merece especial destaque o controle concentrado) e de convencionalidade (por se constituir como um mecanismo de aperfeiçoamento da positivação do direito dos tratados em matéria de direitos humanos).

Essa dificuldade também se encontra pela construção histórico-social da noção de cidadania. Setores da “direita” resistem a uma visão mais ampliada do termo por necessariamente implicar realidade da ideia de igualdade (ainda que seja uma igualdade jurídica) tornando-a “indesejável, e até ameaçadora”, visto que as elites dependem “do reconhecimento explícito da hierarquia entre superiores e inferiores” (para manutenção

³⁸³ Como destacado na Parte I da presente tese, o jogo político da Democracia representativa, quando limitada e reduzida ao processo de representação majoritário (ali determinado dentro de um processo eletivo) não oferece oportunidades reais para que as minorias possam ter impacto nos debates políticos a curto ou médio prazo. É um tipo de arquitetura construído para aparentar uma liberdade igualitária de participação, mas que resulta numa estratégia garantidora de que a igualdade material não seja alcançada, mantendo o jogo supostamente em contornos democráticos, onde os processos apenas retro alimentam os mesmos vícios e estruturas do *status quo*.

de seus privilégios). Para as elites³⁸⁴, a desigualdade é legítima e “os de baixo”, e/ou os diferentes, as minorias, os *outsiders* “são as classes perigosas” (BENEVIDES, 1994, p. 06-07). A superação de contraste e das leituras excludentes estaria centrada no reconhecimento de uma cientificidade (racional) e historicidade (factual) dos direitos fundamentais no processo decisório.

Os *Direitos Humanos-Fundamentais* se configuram como *elementos fundamentais da Justiça*, bem como um ideal realizável de alteridade em uma sociedade que se pretenda inclusiva na lógica do *reconhecimento do outro* e do *diferente* como alguém igualmente digno. A dialética do *reconhecimento* é a base ontológica desses direitos no caminho para sua implementação e fruição, o que conseqüentemente leva a assumir que possuem um *caráter significacional aberto*. Isso não significa de modo algum que esse atributo (o caráter aberto) constituiria como impossibilidade de atribuição de um papel funcional de balizador último dos sistemas jurídicos de organização do convívio social. Essa abertura significacional possibilita aos direitos humanos fundamentais a flexibilidade e maleabilidade de responder *à altura às transformações de uma sociedade complexa e dinâmica, tal como são as democracias atuais* (PINTO COELHO, 2012, p. 305).

Nesses termos, concomitante com a compreensão dos direitos humano-fundamentais como reconhecimento do outro (numa dialética realizável de alteridade inclusiva), é possível destacar os direitos humano-fundamentais em dois aspectos igualmente relevantes de historicidade e que contribuem para uma concepção adequada às dinâmicas contemporâneas das democracias. Esse raciocínio se aplica, especialmente, nas democracias em crise como forma de superação com base nas dialéticas presentes na interpretação hermenêutica³⁸⁵:

Quanto ao aspecto da historicidade dos direitos humanos, (i) *como experiência jurídica plural*, os direitos humano-fundamentais revelam-se como base de compreensão de sua dinâmica social, em que a efetivação significacional dos mesmos (a sua concreção e densificação de sentidos) pode ser compreendida somente quando são analisados à luz da dinâmica complexa da experiência jurídica. Esta, nesses termos,

³⁸⁴ Aqui poder-se-ia acrescentar também os grupos majoritários, hegemônicos e conservadores.

³⁸⁵ Considerando que a pesquisa foi construída para dialogar consigo mesma em um processo não exatamente linear, mas complementar, auto referenciado e constante, vale observar que a crise da Democracia e da concepção clássica de seus contornos se fez de maneira mais presente na Parte I. A análise da função da interpretação hermenêutica dentro de uma dialética entre direitos humanos fundamentais e questões sociais de minorias a partir da construção da positividade do direito com as Cortes Constitucionais se faz na Parte III. A Parte II recebe assim a função de revelar e destacar a construção factual, política e jurídica das minorias como elemento social e culturalmente relevante.

envolve o diálogo argumentativo entre os planos da posituação legal e da aplicação jurisdicional, mas, além disso, envolve também uma dialética aberta para comple(men)tar o entre planos da institucionalização categorial e da vivência cotidiana e espontânea (portanto não categorial) dos direitos humano-fundamentais (PINTO COELHO, 2012, p. 305);

Quanto ao aspecto da historicidade dos direitos humanos, (ii) *como (in)variáveis principiológicas* os direitos fundamentais recebem o influxo de tempos e as nuances da diversidade em sua estrutura linguística, o que não implica afirmar que, por isso, perdem a capacidade de fundamentar a unidade e o consenso social. O papel central e funcional dos direitos fundamentais, nessa perspectiva, só pode ser captado sem recortes empobrecedores ou reducionismos míopes a partir de uma dialética dinâmica e aberta. Essa dialética deve transcender a mera apologia (que é salutar na consolidação das linguagens de demanda social e movimentos reivindicatórios) que resta insuficiente no processo decisório³⁸⁶ por parte do Estado de Direito.

Ao considerar os direitos fundamentais como (in)variáveis principiológicas, observa Pinto Coelho, viabiliza-se a compreensão de que alcançaram (no atual estágio histórico dos mesmos) as condições necessárias para o reconhecimento de componentes fundamentais para qualquer sociedade que afirme (ou o queira) a dignidade humana *como fim último e maior da vida política* (PINTO COELHO, 2012, p. 305-306).

Ambos os aspectos (os quais destacam a historicidade dos Direitos Humano-Fundamentais como reconhecimento e experiência) subsidiam a compreensão da *densidade significacional* dos elementos que compõem o convívio social, o que permite (dentro de uma análise do Direito como sistema) que se dotem tais direitos de efetividade, para além da procura (que é tautológica muitas vezes) de sentidos no trabalho argumentativo (PINTO COELHO, 2012, p. 306)

Analisando a construção da relação entre Direitos Humanos e pós-disciplinaridade, Yanko Moyano Díaz destaca o potencial histórico relativo aos Direitos Humanos afirmando que estes superam as limitações que se colocam para sua aplicação. Isso faz com que problemas culturais particulares se convertam em universais, como

³⁸⁶ Esse é um dos elementos de necessária compreensão para as dinâmicas presentes nas sociedades contemporâneas. A manutenção do Estado de Direito e a “árdua tarefa de decidir” precisam se pautar pelas (in)variáveis principiológicas para que se produza um processo hermenêutico-constitucional adequado para a posituação legítima e suficiente de direitos fundamentais oriundos das dinâmicas sociais e como processo de superação da estagnação legislativa (muitas vezes resultado de interesses reacionários e contrários aos direitos humanos e fundamentais, como se vê, claramente, no caso da união homoafetiva).

resultado do choque entre a ação que se encontra inscrita na história (e, por assim dizer, nos documentos onde os direitos humanos estão reconhecidos³⁸⁷) e as contínuas releituras que derivam de sua utilização prática nos distintos espaços da vida cotidiana.

Assim, para Yanko Moyano Díaz, com suporte na teoria Paul Ricoer (1973), é possível aplicar a condição textual do objetivo social (no caso a ideia dos Direitos Humanos) à condição (factual) que permite explicar a dinâmica de enfrentamento-legitimação entre os documentos de positivação e os debates políticos que se sucederam a eles, posteriormente (MOYANO DÍAZ, 2014, p. 28). Dito de outra forma, conforme os autores, é perfeitamente possível compreender que se trata de aplicar o modelo de tradição hermenêutica como transcendência temporal, permitindo a explicação de situações e acontecimentos sociais que não estavam prioritárias e/ou claramente previstos.

Elucidando a visão limitada e a excludente das primeiras concepções de direitos fundamentais e direitos humanos, demonstra Moyano Díaz o problema de reconhecimento das minorias religiosas na França após a declaração dos direitos universais. Nesse cenário de pós-revolução a Assembleia se incumbiu de disciplinar as distintas instâncias do exercício da cidadania ativa por meio de leis, sendo que um debate quase que imediato foi o das minorias religiosas.

Utilizando-se do fundamento abstrato da liberdade religiosa (um termo aberto, especialmente por se converter em um princípio³⁸⁸) questionou-se o direito dos não-católicos (menos de 1% da população francesa) para seu exercício de voto, bem como o reconhecimento de seus direitos políticos. Considerando que havia poucos anos do reconhecimento dos direitos civis aos protestantes, a realização desses direitos era quase que totalmente ignorada. Em razão disso, em dezembro de 1789, na condição de minoria, os protestantes conseguiram que a Assembleia votasse a favor da igualdade de direitos políticos dos não católicos. Mais do que uma vitória religiosa para os protestantes, o autor destaca que o precedente abriu portas para que outros grupos pudessem usar o caso como paradigma e requererem tratamento igual no

³⁸⁷ Cabe apenas esclarecer que essa interpretação mais ampliada sobre os documentos de positivação de direitos é fruto das reflexões de pesquisa, não se encontra expressamente na análise do autor mencionado.

³⁸⁸ Como observado por Yanko Moyano Díaz trata-se de um direito certamente ambíguo, no sentido em que afirmava que ninguém deveria ser incomodado por suas opiniões, inclusive religiosas, com a condição de que sua manifestação não perturbasse a ordem pública nos termos da lei (conforme o Art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

reconhecimento de direitos. Foi o que ocorreu em 1791 com os judeus que tiveram seus direitos reconhecidos pela Assembleia (2014, p. 28-29)³⁸⁹.

Como destacado por Yanko Moyano Díaz, na esteira de Lynn Hunt (2009), outras situações parecidas ocorreram seguindo uma lógica similar a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que, após sua consagração por escrito, apresentaram uma perspectiva universalista desses direitos em abstrato. Essa generalidade dos direitos humanos gera uma obrigação de analisar e interpretar cada situação específica em concreto, à medida que os diferentes grupos passam a exigir aplicação dessa perspectiva universalista.

Esses debates foram primeiramente articulados pelos grupos de maior influência e considerados mais fáceis de serem aceitos como iguais e que abriam as portas para outros grupos que adotavam esse reconhecimento como um precedente aplicável à luz da interpretação dos princípios gerais. A legislação dos direitos políticos dos cidadãos gerou a extensão de direitos políticos dos protestantes, e este o reconhecimento dos direitos dos judeus e os direitos dos negros livres posteriormente, sendo apenas em 1792 que se estenderam os direitos políticos a todos os homens livres e em 1794 formalmente se decretou o fim da escravidão na sociedade francesa (MOYANO DÍAZ, 2014, p. 29-30).

Lynn Hunt (2009) faz uma observação importante sobre o que poderia ser considerado como um *backlash* ao reconhecimento dos direitos de igualdade nos séculos XVIII, XIX e começo do século XX. A autora afirma que o conceito de direitos humanos abriu as portas para algumas das formas mais *virulentas*³⁹⁰ de sexismo, racismo e antissemitismo, de modo que as afirmações gerais de igualdade natural de todo o gênero humano deram lugar aos discursos que se pretendiam igualmente globais de superioridade de uma cultura sobre outra, uma nação sobre a outra, defendendo a existência de uma diferença natural na espécie humana. Esses discursos/ideologias contrários à igualdade se tornaram um novo tipo de adversário dos direitos humanos mais poderoso e sinistro (HUNT, 2009, p. 192).

³⁸⁹ É possível destacar que, no mesmo sentido que a realidade francesa, por toda a Europa a questão do reconhecimento de minorias religiosas com respaldo no princípio da igualdade foi sendo suscitada. Lynn Hunt informa que na Grã-Bretanha os católicos tiveram acesso às forças armadas, às universidades e à judicatura em 1793. Os judeus britânicos, em razão da discriminação religiosa, só tiveram o mesmo reconhecimento em 1845. Mesmo a igualdade entre católicos e protestantes não foi se desenrolando de forma completa, visto que apenas em 1829 os católicos se tornaram elegíveis para o Parlamento, condição só alcançada por judeus anos mais tarde em 1858 (HUNT, 2009, p. 163).

³⁹⁰ Aqui no sentido de violenta, odiosa, rancorosa com capacidade de se multiplicar como uma doença.

A despeito da resistência de determinadas coletividades em aceitar a mudança e a desconstrução do *status quo* de dominação entre grupos e classes, o fato é que a hermenêutica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, tal como colocado por Moyano Díaz, contribui para a construção de uma teoria de superação hermenêutica das limitações do sistema jurídico. É possível aplicar essa lógica de universalização da aplicação de direitos humanos e fundamentais em relação às populações LGBTQ+, mesmo que envolva um paradigma ainda árduo de ser superado. Tabus, aspectos religiosos e um conservadorismo moralista ainda operam sem sutilezas nas arquiteturas das democracias ocidentais, o que torna a aplicação dessa universalização dificultada. A igualdade entre orientações afetivo-sexuais diferentes se encontra em um nível mais profundo nas marginalizações jurídico-culturais, demandando, por vezes, mais do que simples articulação política.

Para que se compreenda a questão das minorias sexuais no pensamento jurídico contemporâneo, a presente tese apresenta algumas considerações sobre como o advento dos direitos fundamentais (e humanos) contribuíram para um processo paulatino de visibilização da pessoa humana LGBTQ+, como indivíduo e como grupo social e juridicamente relevante.

O reconhecimento jurídico oferece uma dimensão dignificante da identidade e das instituições constituídas pelos indivíduos – o que no plano social é potencializado quando envolve o debate de reconhecimento da dignidade da família formada entre pessoas de mesmo sexo (o que pode ser um processo, no mínimo, duas vezes penoso). Guimarães afirma que o reconhecer-se homossexual é “um dos processos mais sofridos e penosos” da experiência humana, pois envolve desenvolver estratégias diversas, de defesa, enfrentamento e esquiva nas relações sociais até o ponto que o indivíduo esteja fortalecido e amadurecido, sob pena de desestruturação emocional.

A esfera social é taxativa em estabelecer, na mentalidade em formação, que a existência homossexual seria supostamente inferior, dotada de menos valor, sem moral ou legitimidade para reivindicar nada (sejam desejos, direitos, reconhecimento, entre outros) e que tentativas de visibilidade do *ser homossexual* incorreriam no “ridículo”³⁹¹. Essa rejeição (que tem uma natureza multidimensional) faz com que o indivíduo homossexual desenvolva “manobras para driblar a falta de reconhecimento com dignidade”, bem como “para tolerar a rejeição que deturpa e agride a imagem que se

³⁹¹ Essa esfera social pode ser tanto interna quanto externa da dimensão familiar. Ver Luiz Geraldo do Carmo Gomes (2019).

tem de si”. Como colocado por Guimarães, trata-se de uma “cilada”, por representar movimentos de “idas e vindas” em suas relações nas esferas sociais, família, trabalho, escola ou faculdade, entre outros (GUIMARÃES, 2009, p. 563-564).

É uma armadilha, pois implica adotar mecanismos de sobrevivência que negam (em maior ou menor grau) a identidade da pessoa homossexual em busca de uma pseudoaceitação da comunidade. Daí a relevância de se reconhecerem os direitos humano-fundamentais da pessoa homossexual e seu acesso aos bens jurídicos e formatações sociais básicas (como a constituição familiar) como processo de dignificação da pessoa humana.

Como colocado por Axel Honneth, o reconhecimento é importante para o indivíduo, visto que o ser humano é “necessariamente reconhecente”, e o “reconhecido é reconhecido como válido imediatamente, por ser seu ser, mas precisamente esse ser é gerado a partir do conceito; é ser reconhecido” (HONNETH, 2009, p. 85-86). O reconhecimento demandado nas vias judiciais por uma perspectiva mais inclusiva da teoria dos direitos humano-fundamentais, dessa forma, não é sem razão, mas faz parte de um processo necessário da experiência humana nas democracias contemporâneas. Esse processo para as minorias e os grupos vulneráveis não é via fácil ou “natural”, mas sim um resultado que foi desencadeado por movimentos sociais, perspectivas transdisciplinares (sociológicas, médicas, psicológicas) permitindo que a figura das minorias (destacadamente as homossexuais) se reconhecessem e fossem tidas como sujeitos de direitos nas democracias atuais.

5.3. Histórico dos Direitos das Minorias Sexuais no pensamento político-jurídico contemporâneo: direitos fundamentais como horizontes de transformação da dignidade humana e a questão da Homossexualidade

É sempre necessário observar as questões jurídicas a partir de uma dialética histórica, pois o Direito, como fruto da cultura, precisa encontrar no progresso das relações sociais sua dinâmica de atuação e superação em prol da mudança social civilizatória. É a realidade (dimensão factual) que coloca o direito à prova (sua dimensão abstrata é aferida pela interpretação e confirmada ou transformada na decisão) e o fruto desse processo é o que reconfigura o pensamento jurídico. No plano da realidade é que o tecido social indica onde existe a fragilidade do discurso jurídico (enquanto teoria) e onde se encontram os pontos de violência social.

Em tal perspectiva, não é difícil encontrar múltiplos exemplos de condutas violadoras das regras de civilidade no Brasil contemporâneo. Esses casos envolvem mortes violentas impunes, agressões domésticas ou no trânsito, conflitos entre torcidas organizadas ou não, violência policial, superlotação no sistema carcerário, racismo, homofobia, entre outros. A realidade apresenta elementos os quais colocam em xeque o argumento de que “tenha havido um avanço significativo do estágio civilizatório no país após a expansão dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988” (PRONI; PRONI, 2017, p. 162).

Ainda que seja possível questionar o avanço civilizatório, é inegável que a constitucionalização de direitos (no Brasil e no mundo) contribuiu para que minorias pudessem buscar, com fundamento no Direito e seus princípios, a superação do paradigma de invisibilização de pautas e garantias, seja nas arenas oficiais ou oficiosas do ambiente democrático. As minorias se apropriaram da técnica jurídica (além de outras técnicas, por óbvio) para fazer valer o princípio da igualdade na sociedade civilizada e passaram também, na medida do possível, a utilizar da própria arquitetura do poder para que suas demandas pudessem ser ouvidas e, para, além disso, pudessem ser consideradas no processo de tomada de decisão³⁹².

A homossexualidade, bem como a existência das demais minorias sexuais, não nasceu como um fruto da modernidade nem é um fenômeno recente. Existem pessoas com práticas homossexuais desde o início da humanidade, podendo-se afirmar, até anteriores ao período clássico³⁹³. A despeito de ser uma realidade ou uma orientação natural da sexualidade humana, houve tratamentos diferentes e contraditórios no (e para

³⁹² As minorias por razões históricas, sociais, culturais e até mesmo jurídicas nunca gozaram de igualdade de fato para que pudessem usar os instrumentos institucionais como as majorias ou grupos não vulneráveis. Ainda que seja possível afirmar que hoje essas minorias empoderaram-se consideravelmente e se apropriaram de muitos argumentos do ambiente político e jurídico, não se pode pensar que elas lutam em igualdade com grupos majoritariamente presentes na política e na sociedade. Aqui, por óbvio, não se está buscando afirmar um discurso derrotista de impossibilidade de mudança do *status quo*, mas busca-se esclarecer que todo o processo de luta das minorias dentro de um jogo cujas regras não lhes são favoráveis representa(rá) sempre uma luta com maior necessidade de esforço, de dedicação e de tempo.

³⁹³ Pesquisas indicam a existência da homossexualidade em diversos povos e diversos momentos da história, sendo possível encontrar registros diretos e indiretos de relacionamentos homoafetivos entre pessoas do mesmo sexo na Babilônia, Egito antigo, nas Américas com os povos pré-colombianos, Astecas, Maias e Incas, índios norte-americanos e entre povos asiáticos, como indicado no artigo *Uma Nota sobre a Homossexualidade na História* de Julio Pinheiro Faro (2015). Foi noticiado que a Sociedade Arqueológica Tcheca encontrou em 2011 a ossada de um indivíduo pré-histórico (que teria vivido entre 4.500 e 5000 anos atrás) que acreditam se tratar de um homossexual ou um transexual visto que os ritos funerários recebidos eram os normalmente destinados a mulheres ainda que a ossada fosse masculina (BBC BRASIL, 2011). A homossexualidade entre animais (demonstrando que não se trata de uma invenção humana ou cultural) também é afirmada por Bruce Bagemihl em sua obra *Biological Exuberance – Animal Homosexuality and Natural Diversity* de 1999.

além do) Direito a respeito do tema, por vezes, com indiferença, em outras, com marginalização, outras, ainda, com repressão e com omissão intencional para um tratamento negativo³⁹⁴. Faz-se fundamental resgatar a perspectiva do Direito e seu interesse pelo tema já na lógica da Modernidade, ainda que intuitivamente seja possível verificar que, no Ocidente, esse interesse possui relação com o processo de hegemonização da moral judaico cristã, especialmente pela influência do Direito Canônico nas tradições jurídicas posteriores.

Cabe estabelecer que “a homossexualidade nem sempre foi considerada tabu”, uma vez que, em verdade, “os conceitos de homo, hetero ou transexualidade foram construídos ao longo da história” com fins de “atender às demandas de controle, amplamente desenvolvidas pelas instituições de sequestro, como a fábrica, a escola e a igreja, por exemplo” (ALVES, 2018, p. 13).

Segundo Luiz Geraldo do Carmo Gomes, com respaldo em Foucault (1988), na era vitoriana, “a sexualidade é extraída do público e cuidadosamente colocada no âmbito privado”, encerrada para o âmbito doméstico, confiscada pela família conjugal que a absorve na função reprodutiva. Nesse sentido, afirma Gomes, a privatização das discussões sobre a sexualidade resultou na imposição da moralidade de que a normalidade seria ditada no contexto da sociedade machista e religiosa da época fazendo com que todas as práticas que não se encaixassem nesse padrão fossem para o “armário”³⁹⁵ (GOMES, 2019b, p. 26-27).

No século XIX, ocorreu um avanço do conhecimento científico e cultural, o que permitiu uma maior variedade de olhares sobre a homossexualidade (sob o ponto de vista da psiquiatria, jurisprudência, literatura, entre outros) ainda que isso tenha se dado como “um avanço bem marcado dos controles sociais nessa região de ‘perversidade’”. Em contrapartida, abriu-se caminho para que a homossexualidade reagisse discursivamente, falando por si mesma e reivindicando “sua legitimidade ou sua ‘naturalidade’” (FOUCAULT, 2014, p. 56-58).

³⁹⁴ É possível assim considerar que o Direito nem sempre tratou do tema com marginalização ou sob um aspecto negativo. Ainda que não seja a intenção abordar essa questão, mas durante muito tempo a homossexualidade foi um indiferente jurídico (na Grécia, por exemplo, o amor era uma virtude praticada entre iguais, e a mulher tinha finalidade procriatória segundo alguns filósofos).

³⁹⁵ Para Luiz Geraldo do Carmo Gomes, o armário é um “lugar” de segredo e de invisibilização, mas também pode se colocar “como um refúgio dos divergentes sexuais” que buscam “esconder-se do sofrimento ao invés de causá-lo aos demais integrantes da família ou da sociedade”. Nesse sentido, destaca o autor, os “armários” podem ser imposições da família, do trabalho, da sociedade, do convívio escolar, “que diariamente são distribuídos com receio da discriminação, mesmo que silenciosa ou omissiva, e ainda faz com que os divergentes sexuais possam encontrar refúgio em esconder-se” (GOMES, 2019, p. 27).

Conforme destacado por Marco Antonio Turatti Junior, a ideia de liberdade sexual, considerada tanto a “prática do ato sexual em si ou da demonstração de sua sexualidade, não fora a mesma na Antiguidade, nos clássicos impérios grego e romano”, de modo que também não o era “na Idade Média, no Renascimento, na época das luzes, no período entre e pós-guerras e hoje” (2018, p. 29).

Além disso, segundo Turatti Junior, a sexualidade é entendida como “um fenômeno que sempre esteve presente na humanidade”, e apresenta que abordagens sobre esse tema “sempre foram atos singulares e transgressores na história”, além de representarem demarcações de pontos paradigmáticos iniciais. Turatti Junior aponta que a história da sexualidade também sempre esteve atrelada à binarismos e dicotomias “prazer e procriação”, “homem e mulher”, “igualdade e patriarcado”, “misoginia e machismo”, “homossexualidade e heterossexualidade”, “transgênero e cisgênero”, entre outros (TURATTI JÚNIOR, 2018, p. 107).

A construção da homossexualidade e o sujeito homossexual, segundo Louro, como categorias redefinidas³⁹⁶, surgem como invenções do século XIX, definindo “um tipo especial de sujeito” marcado e reconhecido pelas relações amorosas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo, sendo dessa forma considerado como um desvio da norma e como grupo destinado ao *segredo* ou a *segregação* (ambos os destinos incômodos). A contestação da sexualidade hegemônica por homens e mulheres envolve o rompimento de limites e a exposição para “todas as formas de violência e rejeição social” e, com isso, a atribuição de sentidos distintos por parte da Ciência, Direito, religiões, grupos conservadores e grupos emergentes. Esse movimento de produção discursiva eleva a questão da homossexualidade como relevante e como espaço de disputa de seu significado moral: para alguns se trata de um tipo desviante, anormal e inferior, para outros, como um tipo natural e normal de humano (LOURO, 2001, p. 542).

A história brasileira apresentou um caminho oscilante no tema da homossexualidade, visto que, segundo Trevisan, essa prática já existia entre os

³⁹⁶ Segundo Louro, essa redefinição muda a perspectiva anterior, onde o destaque se dava para a sodomia como atividade pecaminosa e indesejável que qualquer um poderia incorrer e não como um grupo específico de indivíduos (2001, p. 542). Também nesse sentido, é válido destacar que como uma prática que impossibilitava a procriação “sob o conceito de sodomia, tanto o sexo oral e anal (fora ou dentro do casamento), quanto a relação sexual exclusivamente entre indivíduos do mesmo sexo”, a leitura religiosa das culturas judaico-cristã atribuiu à prática sexual entre pessoas do mesmo sexo com a pecha de enorme gravidade. Por essa razão, Trevisan observa que “[c]omo se tratava de um desvio ditado diretamente pelo demônio, a Igreja e a Inquisição associavam a prática da sodomia com a bruxaria e às heresias dos cátaros e templários”. Como destacado pela autor, a lógica teológica-moral da cristandade entendia o sexo com “o objetivo único e legítimo” para reprodução, o que associava o casamento com a ordem e a luxúria seu antípoda desordenado” e contra natureza (2000, p. 110)

nativos³⁹⁷, assim como alguma manifestação de pansexualidade registrada pelos naturalistas brancos, como Gabriel Soares, que afirma serem os tupinambás “tão luxuriosos que não há pecado de luxúria que não cometam” (2000, p. 64).

Havia orientações da Coroa Portuguesa na administração da colônia no século XVI, com especificação de punição com a morte para os crimes de “heresia, traição, sodomia e falsificação de moeda”, quando devidamente comprovados, podendo a pena ser abrandada para dez anos de degredo e multa, a depender do status do condenado (TREVISAN, 2000, p. 111).

A presença da homossexualidade entre indígenas é mencionada por Trevisan, apontando relatos de Pero de Magalhães Gândavo, em 1576, e por Carl Friedrich Von Martius (que era botânico alemão), em 1843, equiparando a prática com a antropofagia, a prática entre homens (como um vício) e a existência do que poderia ser entendido como transexualidade entre os índios *guaicururus*, sob o nome de “cudinas”, que eram homens castrados, vestiam-se como as mulheres e se dedicavam à “ocupações femininas” como tecer, fiar, produção de potes, entre outras. Trevisan, com suporte em Abelardo Romero (1967) aponta que a cristandade se chocava com a “sujidade” do nefando pecado da “sodomia” que se mantinha nas terras brasileiras por séculos como se fosse uma doença contagiosa (TREVISAN, 2000, p.65).

Ao discorrer sobre a história brasileira e a questão da homossexualidade, Trevisan apresenta que a visão domesticadora e “higienizadora” da sexualidade continua institucionalizada no Brasil, nos séculos XVIII, XIX e XX – *como um sistema de controle se modernizando apenas para sofisticar seu controle*. Quando a discussão foi colonizada pela ciência (com maior preponderância da medicina) uma visão médica-higienista se impôs, o que resultou na interferência de tal “lógica” sobre os corpos, emoções, sexualidades a partir de padrões higiênicos que visavam a melhorar a raça e, assim, engrandecer a pátria com campanhas de moralização e normatização da família “que constituía o núcleo básico do Estado burguês emergente no Brasil” (TREVISAN, 2000, p. 171-172).

Esse controle institucional, normativo, comportamental, sobre uma “pureza” da família como núcleo de um Estado burguês ficou enraizado na *procedimentalidade* do Parlamento brasileiro. Cabe observar que a Lei (o Legislativo) não reconheceu de bom

³⁹⁷ Trevisan ressalva, entretanto, que para “o sociólogo Gilberto Freyre acreditava que a prática homossexual [...] teria sido popularizada no Brasil pelos próprios colonizadores europeus (fossem eles portugueses, espanhóis, italianos, mouriscos ou judeus), que encontram na moral sexual dos índios e nas condições desenfreadas da colonização um terreno fértil para sua expansão” (TREVISAN, 2000, p. 111).

grado e espontaneamente os direitos de grupos minoritários, especialmente das populações LGBTQ+, sendo essa uma luta de negação, morte e enfrentamento. Como não foi possível o extermínio absoluto, as pessoas LGBTQ+ individualmente e em grupo, se tornaram fortalecidas a cada embate jurídico e social³⁹⁸. A consolidação na luta por reconhecimento passou a influenciar as interpretações do Direito já estabelecido em prol de uma perspectiva mais igualitária.

Esse processo de reconhecimento perpassa, como destaca Comparato, pela compreensão da dignidade suprema da pessoa humana como ser dotado de direitos, o que, no decorrer da História, “tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral”. Em momentos de marcante violência, a humanidade recua com horror “à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos, e o remorso [...] faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna par todos” (COMPARATO, 2010, p. 50).

A homossexualidade como doença encontra referências no século XIX quando o sexólogo Richard von Krafft-Ebing listou, na obra *Psychopathia Sexualis* (1886), a homossexualidade como uma “inversão congênita” (como uma doença adquirida por nascimento ou no decorrer da vida). A Associação Americana de Psiquiatria, em 1952, listou a homossexualidade como uma desordem em seu *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. Pela ausência de comprovação científica a Associação retirou a homossexualidade da lista de transtornos em 1973.

Maria Cristina Rauch Baranoski destaca, na perspectiva do século XX, que a discussão sobre a cidadania dos homossexuais ganha destaque a partir da década de 1980 que “decorre como preocupação de saúde pública, em razão das consequências da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS –, ocasião em que os homossexuais foram colocados como grupo de risco” (BARANOSKI, 2016, p. 69-70).

A marginalização das pessoas homossexuais é culturalmente legitimada com a “Aids, considerada o câncer gay, um verdadeiro castigo divino que recaía sobre os homossexuais por terem contrariado a vontade de Deus” e, nesse sentido, “apresentando-se como medida eugênica para livrar a humanidade da degeneração” (COSTA, 2007, p. 100). Luiz Geraldo do Carmo Gomes analisa que a década de 1980 representou, com a AIDS, um novo “armário” e um “mecanismo de repressão à luta por liberdade”, graças ao estigma de ser “considerada a doença gay, câncer gay ou a praga

³⁹⁸ Aqui com referência à Friedrich W. Nietzsche que, em *Crepúsculo dos Ídolos*, afirmou: “[...] Da escola de guerra da vida – o que não me mata, fortalece-me”.

de Deus para os homossexuais”, o que fez com que pessoas LGBTQ+ não se assumissem ou voltassem a esconder sua sexualidade (GOMES, 2019b, p. 28).

Mesmo com a superação do paradigma da AIDS como uma doença não exclusiva dos homossexuais ou de grupos de risco, mas de “comportamentos de risco”, esses sujeitos se tornaram alvo de violência em razão da visibilidade que receberam nesse período (BARANOSKI, 2016, p. 70). No Brasil, conforme Costa (2007, p. 100), a violência partiu principalmente de grupos neonazistas. Em razão da discriminação (social e legal) desses grupos o ser homossexual, parafraseando Franz Kafka, onde quer que vivesse se sentia recriminado, condenado, abatido, e na verdade seu maior esforço era fugir para qualquer outro lugar³⁹⁹.

É interessante observar que a despeito de o século XX ter se destacado pela “concepção do direito a ter direitos” os homossexuais apenas começaram a ter direitos reconhecidos ou algum alento (no que se refere à orientação afetivo-sexual) apenas no fim do século com os movimentos sociais surgidos em defesa desses direitos (BARANOSKI, 2016, p. 70).

Não se pode olvidar que o reconhecimento dos direitos fundamentais se dá na medida em que há engajamento dos destinatários desses direitos. É preciso existir organização e reivindicação do seu (re)conhecimento podendo esses (direitos) serem novos (em sentido estrito) ou por meio da ampliação das concepções antes estabelecidas que, de alguma forma, restringiam direitos antigos (ou seja, aplicando renovada leitura de significado).

Destaca Fernando de Brito Alves que, mesmo “que sejam distintas as expectativas e as dinâmicas concretas das forças sociais e atores presentes em diferentes contextos institucionais”, quando se trata de um contexto de conquista de direitos e (consequente) amadurecimento da cidadania (que se pode inferir como democracia participativa e ativa), o poder (ou força) “dessas novas subjetividades se manifesta de maneira singular ao mundo do direito” (2009, p. 73). É possível, sob essa perspectiva, dialogar com o defendido por Rudolf Von Ihering na obra *A Luta Pelo Direito*, quando este afirma que “a vida do direito é luta, a luta dos povos” e que o “Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”.

O final do século XX é marcado por uma nova mudança de perspectiva. Como apontado por Louro, isso se fez passando para uma fase de “construção” de uma

³⁹⁹ Da obra “Carta ao Pai” (1997).

comunidade homossexual especialmente nos grandes centros, na medida em que a homossexualidade começa a ser debatida em termos de classe (ou de etnia) abandonando (por parte de alguns grupos) uma ideia de condição uniforme e universal. Essa modificação aproxima a questão homossexual da ação política militante contra a heterossexualização da sociedade ampliando a agenda de lutas por uma integração social, para alguns grupos, e construção de uma comunidade com cultura própria, para outros.

A pauta que – para fins desta pesquisa – merece mais destaque é o estabelecimento de uma luta para “alcançar a igualdade de direitos no interior da ordem social existente”. Nesse sentido, o “reconhecer-se” na identidade homossexual uma “questão pessoal e política” e o ato de assumir-se como homossexual ou manter essa identidade no anonimato (culturalmente conhecido pela expressão “no armário”) como ponto de debate, pois, apenas assumindo-se como um indivíduo homossexual e tornando pública sua condição, é que seria possível construir a comunidade homossexual como um lugar de acolhimento (LOURO, 2001, p. 543).

Gomes também apresenta essa visão, afirmando que a *autoaceitação* marcou o processo de assumir-se (que envolvia duas etapas, a pessoal – assumir-se – e a social – com a publicização da aceitação) como ato político e de identificação “com a luta por reconhecimento de direitos e de espaço social”. A negação da liberdade de expressão da sexualidade e negação da igualdade de viver a sexualidade nas relações públicas e privadas é atualmente “vista como meio de opressão e violação de direitos, na qual o silêncio e a auto exclusão só reforça o desconhecimento do que são as sexualidades divergentes” (GOMES, 2019b, p. 29).

A luta pela integração dentro da ordem social existente, como destacado por Pereira, é levantada por parte dos movimentos sociais contemporâneos como forma de promoção da democratização das relações sociais no âmbito da sociedade civil. Isso se faz “através da redefinição de papéis, normas, identidades (individuais e coletivas)”, conteúdo e modos de interpretação de discursos existentes nesta esfera, o que torna o desenvolvimento das políticas de inclusão e de influência como fundamentais para um projeto de sociedade civil democratizada.

Essa (re)leitura conta com novos atores sociais representativos (dentro da sociedade política) e de qualificação dos discursos considerando interpretações, necessidades e normas a partir dessas novas identidades. Os novos movimentos sociais buscam desenvolver uma nova proposta de Democracia que explicita o conflito de

certas temáticas no espaço público, buscando influenciar e ser influenciados pelos contextos políticos e usando estrategicamente os recursos de mídia como espaços de formação da opinião pública⁴⁰⁰ (PEREIRA, 2012, p. 79).

Essas organizações, contestando os discursos estabelecidos passam a obter significativas vitórias em um contexto mais amplo. No Brasil, em 1985, há um avanço (ao menos teórico) com a retirada do termo “homossexualismo” da catalogação de doenças do Conselho Federal de Medicina (BARANOSKI, 2016, p. 70).

Em 17 de maio de 1990, a Organização Mundial da Saúde excluiu a homossexualidade da *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde* (também conhecido como *Classificação Internacional de Doenças*, ou CID)⁴⁰¹ também graças à pressão do movimento social da comunidade LGBTQ+⁴⁰².

O Conselho Federal de Psicologia no Brasil apenas em 1999, por meio da Resolução n.1/1999, de 22 de março daquele ano, estabeleceu a vedação de práticas que interpretassem como patológicos os comportamentos ou práticas homoeróticas, estabelecendo que os psicólogos não “adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados”. A Resolução veda a “colaboração com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades”, bem como não podem se pronunciar, nem participar de pronunciamentos públicos dessa natureza “nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de desordem psíquica” (CFP, 1999).

Para Baranoski, entretanto, em 1995 se dá o marco referente aos direitos dos homossexuais, com “a 1ª Conferência da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT) e a 17ª Conferência da *International Lesbian and Gay Association* (ILGA)”, destacando também ser o ano da apresentação do Projeto de Lei n. 1.151/95, propondo a instituição da união civil entre pessoas do mesmo sexo, pela então deputada Marta Suplicy (BARANOSKI, 2016, p. 70-71).

Partindo de uma análise da realidade latino-americana, destaca-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu *Informe sobre a violência*

⁴⁰⁰ Isso implica, inclusive, o uso dos litígios estratégicos por meio da judicialização da política.

⁴⁰¹ A Organização Mundial de Saúde havia incluído o “homossexualismo”, termo da época, em 1977, como doença.

⁴⁰² Esse tipo de reconhecimento de que a homossexualidade não é uma doença ou transtorno mental em cada país variou, por exemplo, na China que só veio a reconhecer essa questão em 2001.

contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais, de 2015, indicou a existência de “pelo menos 11 países do continente que mantêm leis criminalizadoras da escolha individual correspondente ao sexo ou gênero”, onde países criminalizam uma conduta privada como “sodomia” ou um delito “antinatural” (TRAVASSOS, 2018, p. 67)⁴⁰³.

Considerando todo o aspecto de negação das minorias (em todas as dimensões de negação que foram vivenciados), seria utópico acreditar que a sociedade contemporânea estaria madura e consciente o suficiente para a quebra de paradigmas ao ponto de institucionalizar os direitos das minorias espontânea e naturalmente. A realidade tem testemunhado, em sentido oposto, uma ascensão de discursos conservadores de negação de direitos, do reconhecimento da identidade e, em casos mais extremos, do direito à vida de pessoas homossexuais.

O caminho da maturação democrática da população para eleição de um Parlamento despreendido de interesses particulares, o qual busque legislar para a sociedade como seu representante, legislando para todos, e não para a maioria, e conseqüentemente se positive legislativamente o direito das minorias seria, inegavelmente, o melhor e mais tradicional mecanismo de exercício democrático de tutela e, segundo o foco dessa pesquisa, de reconhecimento da união homoafetiva. A despeito de ser o mais tradicional (se partimos das teorias democráticas clássicas), trata-se de uma via (quase) utópica para a realidade brasileira.

Sem descrer da utopia (e da motivação que ela suporta e comporta), há que se analisar o que é viável e possível, não o que é esperável e desejável. Essa lógica analítica demonstra que os direitos fundamentais precisam ser realizados pelos *caminhos possíveis e disponíveis* dentro do sistema jurídico tal como se encontra. É preciso, portanto, numa perspectiva *rodrigueana*, enxergar *a vida como ela é*, sem ignorar como a vida pode(ria) ser.

Além disso, o histórico das lutas sociais (no cenário político, portanto) das minorias na história do Ocidente também deve considerar as atuações dessas minorias nos canais oficiosos como se deu no âmbito judicial e como a opinião pública (ou, o que melhor poderia se designar: opinião majoritária) influencia no avanço ou no retrocesso dessas pautas nas diversas arenas de construção da Democracia.

⁴⁰³ O destaque para o Brasil continuar caminhando na via contrária das lutas pelos direitos (incluindo à vida e à integridade biopsíquica) dos homossexuais é destacado por Baranoski que menciona o fato do país ser citado desde 1997 nos documentos internacionais “como um dos países que mais comete violência contra homossexuais” (2016, p. 71).

Nesse sentido, Michael Klarman acentua a importância dos movimentos sociais pelos direitos civis (no âmbito da sociedade estadunidense) para que a jurisprudência progressista da Corte de Warren pudesse, com sucesso, se construir nos anos 50 e 60. Em função disso, ressalta o autor, o direito constitucional é flexível, no mais das vezes, para que seja capaz de responder às questões sociais considerando a opinião pública em evidência. A opinião pública, conforme Klarman, exerce influência sobre os *justices*, visto que eles têm pouca inclinação e poder limitado para oferecer resistência, de modo que a proteção de minorias pelas cortes, como uma tendência, apenas ocorre quando a opinião majoritária é favorável (KLARMAN, 2005, p. 182).

O autor salienta o paradoxo desse comportamento das cortes, considerando que essa dinâmica (que considera a opinião majoritária para tutelar os interesses de minorias) coloca em desvantagem os grupos mais vulneráveis e que sofrem maior segregação/discriminação (por não contar com a opinião pública), visto que são os que estão mais longe de alcançarem a fruição de seus direitos (ou, por vezes, seu reconhecimento). Isso significa sublinhar a importância para o papel dos movimentos sociais nessas dinâmicas de superação da desigualdade jurídica no ambiente democrático, pois esses grupos devem atuar de forma ativista nas arenas sociais, políticas e econômicas para que se tornem “candidatos atraentes para a consideração judicial”. Assim, para Klarman, os *justices* jamais teriam tutelado os direitos das mulheres e homossexuais sob a cláusula da igual proteção se não fosse por toda uma construção estabelecida pelos movimentos sociais respectivos (KLARMAN, 2005, p. 182)⁴⁰⁴.

Em momentos de crescimento e desenvolvimento econômico, ocorrem transformações culturais e, com a melhoria da posição social, é esperado que grupos buscassem maior poder de participação política de modo que a falta de plena liberdade constitui-se como principal incentivo para a luta pela ampliação e fruição de direitos fundamentais (BREGA FILHO, 2002, p. 08). A história demonstra isso como um fato: protestantes, judeus, negros, mulheres e toda sorte de minoria encontraram em momentos de crescimento (como o que marcou o século XX com a globalização – o que

⁴⁰⁴ No original: “constitutional law generally has sufficient flexibility to accommodate dominant public opinion, which justices have little inclination, and limited power, to resist [...] Accordingly, courts are likely to protect only those minorities that are favorably regarded by majority opinion. Ironically, when a minority group is most in need of judicial protection, because of severe oppression, it is least likely to receive it. Groups must command significant social, political, and economic power before they become attractive candidates for judicial solicitude. The justices would not have dreamed off protecting women or gays under the equal protection clause before women’s and gay rights movements”

também implica reconhecer o papel do desenvolvimento tecnológico nessa dinâmica) espaço propício para pleitear maior direito e reconhecimento, além da plena liberdade para viver e conviver.

Não se deve pensar que as lutas do movimento LGBTQ+ se esvaziam com o avanço (no reconhecimento) dos direitos, havendo, inclusive, reiteradas tentativas de atuação nos canais oficiais de participação como o Parlamento. Cabe destacar que desde 2003, considerado por Baranoski como um “marco importante para o reconhecimento da cidadania dos homossexuais, foi criada a Frente Parlamentar Mista pela Livre Expressão Sexual” comprometidos com a luta em favor dos direitos LGBTQ+ e pela aprovação de leis antidiscriminatórias (BARANOSKI, 2016, p. 72)⁴⁰⁵.

A exclusão das minorias e a luta pelo reconhecimento dos direitos sob a luz do princípio da igualdade (e, portanto, da não discriminação) não pode ser compreendida de forma apartada das lutas sociais e das fundamentações filosóficas e jurídicas possíveis. Assim como tantas arestas e dilemas que as teorias tradicionais não conseguem responder ou solucionar, o reconhecimento da união homoafetiva (bem como outras demandas das minorias) envolve pensar criticamente a postura positivista limitada que presa excessivamente a norma, como se o sentido de Justiça pudesse se dar apartado de contextos sociais (como parecem querer os teóricos mais ortodoxos).

Sob tal consideração, a conquista dos direitos humanos para as minorias envolve formular e analisar uma questão sob diversas perspectivas e diferentes ângulos, mas em decorrência disso podem surgir oposições contraditórias. O que torna essas possíveis antinomias verdadeiros desafios para o alcance do justo dentro de uma cientificidade racional é que os posicionamentos dessas oposições⁴⁰⁶ se fundamentam em alguma medida nos princípios fundamentais tanto do texto constitucional quanto dos tratados de direitos humanos (PIROTTA, 2009, p. 12).

As transformações sociais e a valorização da pessoa humana acima de outras categorias não ocorreram como uma escolha de determinado governo ou povo, mas se estabeleceram como fruto de discussões globais e do progresso no pensamento jurídico, filosófico e social, ainda que se tenham testemunhado, pelo mundo, situações de

⁴⁰⁵ Existem autores com inclinações negativas ao protagonismo judicial, sob o argumento que o Judiciário estaria “sequestrando as pautas” dos movimentos sociais e com isso prejudicando o amadurecimento democrático. As reflexões considerando e enfrentando essa questão se encontram na Parte III da presente tese.

⁴⁰⁶ É pertinente resgatar o exemplo das demandas pela criminalização da LGBTfobia estar ancorada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, da igualdade, verifica-se que grupos conservadores alegam que seu “direito” a discriminar estaria amparado pelo princípio da liberdade (religiosa e de pensamento)

retrocessos sociais e culturais dessa perspectiva. Igual razão assiste a lógica do direito de que as uniões homoafetivas são juridicamente uma família, se apresentando na história do Ocidente como um direito debatido por décadas e que, seja via parlamentar ou via judicial, foi se construindo com luta dos movimentos sociais e da superação de paradigmas jurídicos.

Ainda que alguns queiram afirmar que o reconhecimento das uniões homoafetivas deva se dar pelas vias do Parlamento, como ocorreu em alguns casos, e não via judicialização de desacordos morais, como ocorreu no Brasil e nos EUA, o fato é que a materialização desse direito se deu dentro de dinâmicas sociais. Sociedades vanguardistas, com permeabilidade nas arquiteturas políticas e de poder, viabilizaram que o debate democrático da questão se fizesse por vias tradicionais legislativas. Outras sociedades mais conservadoras, onde as regras do jogo político impossibilitavam que esse direito se consolidasse com a autoridade parlamentar, a discussão da Democracia se deu pelo debate qualificado da hermenêutica jurídica das cortes (algumas até em nível supranacional).

A interpretação da lei, como colocado por Pirotta (2009), é uma atividade humana e envolve valores que, de alguma forma, influenciam os juristas na atividade interpretativa, especialmente por trazer consigo valores considerados fundamentais e presentes na Constituição. Diante de valores que podem ser conflitantes, a escolha de determinados fundamentos principiológicos, ao invés de outros, revela a construção dentro de um sistema jurídico por uma “aplicação concreta [que] apresente uma ou outra constelação de valores como pano de fundo”. Nesse sentido, a valorização do princípio da igualdade em concomitância com o “direito à diferença ou especificidade cultural” estabelece que os direitos a serem erigidos (reconhecidos, afirmados) não se fundamentem em alguma natureza discriminatória (PIROTTA, 2009, p. 12-13).

Consoante Boaventura de Sousa Santos, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (SANTOS, 1997, p. 30). Esse raciocínio revela, conseqüentemente, que a constelação de valores construída com o reconhecimento da *não discriminação* aponta para a existência de uma fundamentação lógico-jurídica que legitima a supressão de direitos de natureza discriminatória.

É válido ponderar que a racionalidade do sistema jurídico surge da escolha de determinados valores, e essa escolha se faz não apenas no “ato de julgar”, o que pareceria indicar uma excessiva subjetividade entre o que valorar e o que não valorar.

Essa construção de uma constelação norteadora se faz primeiramente no debate social (e, principalmente numa perspectiva acadêmica de amadurecimento das reflexões), passando a se consolidar mais ou menos intensa (ou expressa) nos textos normativos (constitucionais e infraconstitucionais, além de normas presentes no Direito dos Tratados) e na discussão qualificada das cortes.

Assim, como destaca Pinto Coelho, se é pacificado que o conceito de direitos fundamentais (assim como o próprio conceito de Direito) “representa a chave para a compreensão dialética entre a objetividade e a subjetividade no plano da vida ética”, é na história pendular que se reconhece que a noção do jurídico surge com todos os seus elementos conceituais. Isso significa dizer que é na experiência jurídica ocidental, portanto, que “o Direito aparece em sua nota própria como criação cultural dos homens [que], livres, tornando-se sujeitos de direitos, organizam a vida no seio da comunidade política” (PINTO COELHO, 2009, p. 22 e ss).

A partir das lutas do homem livre pelo seu reconhecimento como sujeito de direito (portanto igual), o Direito do Ocidente foi (e está) sendo paulatinamente construído, o que implica reconhecer a existência de uma determinada direção⁴⁰⁷ de (busca por) progresso na afirmação dos direitos humano-fundamentais em prol de um *projeto* civilizatório. Nesse sentido, cabe observar como essa lógica de avanço civilizatório e de superação de elementos discriminatórios em prol da dignidade da pessoa humana se aplica à família como um instituto jurídico-social em transformação.

Em razão disso, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia e Rainer Bomfim (2019) destacam ser o reconhecimento da diversidade por meio de adoção de políticas especiais e específicas uma necessidade de superação dos paradigmas tradicionais do Estado e, com isso, a realização dos direitos fundamentais de modo a responder as demandas atuais. Afirmam os autores que, ao tomar “a diversidade e a crise como componentes normais da democracia”, o Estado Democrático de Direito se apresenta como possível resposta ao enfrentar desagregação social, hipercomplexidades e lutas por reconhecimento. O Estado Democrático de Direito atua com a (e na) “tensão entre democracia [...] e constitucionalismo (como proteção às minorias)” o que orienta o

⁴⁰⁷ Obviamente não se afirma que existe um norte místico ou transcendente para onde o direito caminha. O Direito é, e o foi, uma ciência dotada de racionalidade, mas fortemente influenciada por fatores externos e variantes, a partir disso o direito é uma construção cultural e, portanto, uma escolha, mas uma escolha complexa por não partir tão só e unicamente do Estado, como se (p)resume facilmente. Trata-se de uma escolha construída por muitos atores políticos e sociais que tornam a construção do direito uma complexidade que necessita de contínuas releituras e atualizações, especialmente para compreender e atender as demandas que surgem nas sociedades igualmente complexas.

papel do Direito e dos Poderes na contemporaneidade (BAHIA; BOMFIM, 2019, p. 254).

A sexualidade constitui um direito de personalidade, fazendo parte da construção da identidade da pessoa desde tenra idade, mesmo que destoe do padrão social compulsoriamente determinado. Esse padrão de “cisheteronormatividade” imposto aos indivíduos, vigiado e controlado, se faz por diversos mecanismos (religiosos, sociais, educacionais e familiares) funcionam como policiamento e exercício de poder e de política social se constrói como “biopolítica e biopoder”. O Direito é uma dessas matrizes de poder que impõe padrões de vivências, sendo necessário pensar como as “sexualidades divergentes” dos padrões impostos estão excluídas sociais e juridicamente, resultando como sujeitos (e uniões) marginais (GOMES, 2019b, p. 21)⁴⁰⁸.

Quem não frui dos direitos civis, políticos e sociais, de forma conjunta e simultânea, fica em uma situação de *não-cidadão*, um *cidadão incompleto* (CARVALHO, 2002, p. 2002). Nesse sentido, os sujeitos (e casais) homossexuais que tiveram por longo tempo o reconhecimento de suas uniões no plano jurídico de validade (especialmente dentro da categoria jurídica de “família”) encontram no reconhecimento de seus direitos um importante aspecto de cidadania. As pessoas homossexuais, à medida que tiveram seus direitos reconhecidos e puderam ter maior acesso ao direito de manifestação de suas identidades, suas sexualidades, suas orientações afetivo-sexuais, entre outras questões, experimentaram mais alcance do status de cidadania. Esse processo de reconhecimento, destacadamente, no que diz respeito às perspectivas familiares, é a inquietação presente no capítulo que se segue.

⁴⁰⁸ Sendo a sociedade democrática um espaço de realização dos direitos humano-fundamentais e, portanto, da realização plena do desenvolvimento do indivíduo, é preciso seguir com Foucault quando afirma que é necessário possibilitar que o estilo de vida homossexual seja permitido, bem como o reconhecimento das relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Para o autor, a tolerância desse modo de vida (e escolhas) não é suficiente se encarada como uma situação suplementar visto que “fazer amor com alguém do mesmo sexo pode muito naturalmente acarretar toda uma série de escolhas”, como (seria possível acrescentar) a adoção de filhos ou mesmo o reconhecimento dessa união como união estável ou casamento, além de “toda uma série de outros valores e opções para os quais ainda não há possibilidades reais” (FOUCAULT, 2004, p. 119).

Capítulo VI. O RECONHECIMENTO DO DIREITO DAS MINORIAS NA PERSPECTIVA DAS ENTIDADES FAMILIARES.

Há dois prejuízos muito vulgares: uns supõem que o casamento é a perpetuidade do amor, a troca sem fim de carícias e protestos; e assustam-se com razão diante da perspectiva de uma ternura de todos os dias e de todas as horas (...). O outro prejuízo é daqueles que supõem o casamento uma guerra doméstica, uma luta constante de caracteres antipáticos, de hábitos, e de idéias. Esses, como os outros, mas por motivo diferente, tremem pela sua tranquilidade. Entretanto a realidade está entre os dois extremos. O casamento não é nem a poética transfusão de duas almas em uma só carne, a perpetuidade do amor, o arrulho eterno de dois corações; nem também a guerra doméstica, a luta em família. *É a paz, firmada sobre a estima e o respeito mútuo; é o repouso das paixões, e a força que nasce da união.*

José de Alencar, em *O que é o Casamento?* (1861) (grifos nossos).

A família, considerada “célula base da sociedade”⁴⁰⁹, passou por mudanças no decorrer dos séculos, tanto no que se refere à sua estrutura quanto à sua função, como resultado de mudanças econômicas e sociais, a exemplo do caso brasileiro⁴¹⁰, ainda que com a resistência de grupos majoritários.

A família romana (*patriarcalista* em sua essência), a qual influenciou a lógica ocidental do pensamento jurídico, tinha como centro de sua dinâmica a figura do *pater familias* com absoluto poder sobre os membros e os bens familiares (o que incluía os escravos), ocupando a função jurisdicional, política e religiosa naquela célula. O modelo Canônico (da Igreja Católica) herda essa visão consolidando-a na Idade Média, estabelecendo como modelo único e sagrado de constituição a família oriunda do casamento. As Ordenações Filipinas⁴¹¹ (também muito influenciadas pelo Direito

⁴⁰⁹ Os autores Valéria Silva Galdino, Caio Eduardo Costa Cazalatto e Luiz Augusto Ruffo, ao analisarem a legitimidade do ativismo judicial na família homoafetiva a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/2011, afirmam que a família é “a célula mais básica e duradoura do organismo social, representando o centro da preservação do ser humano e atuando como um espaço político (GALDINO *et al.*, 2019, p. 421-422). Também nesse mesmo sentido, Munoz Garcia e Andrade tratam sobre o tema da família analisando-a sob o aspecto das democracias antigas e modernas, destacando Aristóteles (quem trata da família como um reduto doméstico nos primeiros capítulos de sua obra *Política* como a célula germinal da pólis) e também destacando a perspectiva de Toqueville (para quem, como um continuador da perspectiva aristotélica, a família é um microcosmo da sociedade). É também relevante mencionar que Friederich Engels, em *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, também apresenta que a família monogâmica (sindiásmica) é, na sociedade, sua “última unidade, à sua molécula hiatômica: um homem e uma mulher”, resultado das “forças impulsionadoras de ordem social” (1984, p. 56), também o reafirmando ao dizer que a família monogâmica (tal como “sacralizada na modernidade”) é “a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento na sociedade” (1984, p. 71).

⁴¹⁰ Ainda que se façam oportunas pontuações sobre a família dentro de uma perspectiva internacional, cabe a ressalva que as análises objetivam principalmente compreender e considerar a realidade brasileira.

⁴¹¹ As Ordenações Filipinas versaram sobre o casamento: (i) como algo religioso (*sacramentalizado* no âmbito da Igreja ou por sua licença fora de seu prelado) com necessária cópula carnal (Livro IV, Título 46, §§ 1º e 2º) onde os cônjuges são marido e mulher em “pública voz e fama”; (ii) reafirmaram a indissolubilidade do casamento (havendo o casamento consensual, que seria passível de anulação, e o com relações carnis, este indissolúvel); e (iii) dispuseram sobre pacto pré-nupcial e necessidade de outorga uxória para venda de imóveis (garantindo os interesses da mulher).

Canônico e Romano) marcaram o direito que se constituiria no Brasil por meio da colonização⁴¹².

Com exceção da Resolução de 31 de outubro de 1831 e da Lei de 22 de setembro de 1928, que estabeleceram a maioria civil (21 anos) e a consequente emancipação para todos os efeitos, apenas com o Código Civil de 1916 é que o *pátrio poder* sofre atenuação considerável (ainda essencialmente patriarcal), mas mantendo o casamento como único meio de se constituir família (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 172-173). É certo que essa lógica não se deu apenas no Brasil, visto que as heranças do direito romano e da tradição católica influenciaram todo o Ocidente, mesmo em nações que em algum momento histórico passaram a abraçar a fé protestante.

É preciso, primeiramente, assinalar a importante contribuição de Friedrich Engels, na obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado* (1984), quando apresenta a historicidade das instituições humanas e demonstra como a “instituição” família é um fenômeno social, o que implica reconhecer que, ao tratar da temática da família, cada civilização diferiu na sua concepção e na transformação de conceitos.

A família é um elemento ativo e dinâmico, o que demanda abandonar as visões deterministas de que a família sempre teve a sua conformação tida como “normal” (ENGELS, 1984). Citando Morgan, Engels desenvolve a percepção que “família” se constitui como “elemento ativo”, nunca estático, assumindo formas “superiores” de acordo com a transformação da sociedade nesse sentido, gerando mudanças radicais na família (as relações de parentesco, por força do costume, ainda permaneceram mais estáveis e “fossilizadas”), ao ponto de ser possível afirmar que uma formatação de família que perdurasse historicamente até os tempos atuais inexistiu (1984, p. 30).

O estudo da família em uma perspectiva histórica aponta para sua posição de “pilar da sociedade” cuja proteção é importante, “seja para a preservação da espécie ou para a realização pessoal de seus membros”, sofrendo “diversas influências no decorrer

⁴¹² Não se ignora que havia um “direito” pré-colonial no território brasileiro, visto que as nações indígenas também exercitavam seu próprio sistema de regras (ainda que não se enquadrasse nas características da cultura ocidental). Exatamente por isso, por essa análise estar vinculada à cultura ocidental – especialmente com raízes europeias, a presente tese não se debruçará sobre os sistemas indígenas pré-coloniais para tratar o direito de família. Para um maior aprofundamento nessa seara (do direito indígena pré-colonial) sugere-se a leitura do Capítulo 1 (1.4) da tese doutoral da Profa. Thaís Luzia Colaço intitulada “O Direito Guarani Pré-Colonial e as missões jesuítas: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (1998). A Profa. Thaís Colaço também lançou sua tese como livro, com o título “Incapacidade indígena tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões Jesuítas”, editora Juruá (a 6ª edição da obra foi publicada no ano de 2006).

do tempo e do espaço” (GOMES, 2019b, p. 34). Engels analisa em seu estudo diversas sociedades, apresentando um panorama de como potencialmente foram as primeiras configurações de família, afirmando que elas apresentavam um padrão de “promiscuidade” (e, para isso, utiliza o exemplo das sociedades ameríndias norte-americanas). O autor cita os Senekas dos povos iroqueses que se organizavam no modelo sindiásmico, onde o sistema de parentesco se dava por consanguinidade, o matrimônio era facilmente dissolúvel, descendência potente e reconhecida, com a adoção de nomes de parentesco compartilhado. Para os iroqueses, o “sistema de parentesco [era] inteiramente elaborado e capaz de expressar muitas centenas de diferentes relações de parentesco” (ENGELS, 1984, p. 28-29).

Essa formatação, com responsabilidade sexual entre todos os membros do grupo, é também identificada em todas as tribos norte-americanas conhecidas, mas também “entre os aborígenes da Índia, as tribos dravidianas do Dekan e as tribos gauras do Indostão”. Nessa configuração familiar, as relações implicavam não apenas a titulação de parentesco, mas “sérios deveres recíprocos, perfeitamente definidos, e cujo conjunto forma uma parte essencial do regime social desses povos” (ENGELS, 1984, p. 29).

Essas famílias estavam ligadas fortemente pelo vínculo da consanguinidade e por uma identidade coletiva. Os grupos conjugais se organizavam por gerações e estas relacionavam-se “matrimonialmente” entre si, de modo que as relações carnais eram vedadas (e isso se deu em algum momento impreciso da história) apenas entre pais e filhos (ascendentes e descendentes) com uma visão já de proibição de incesto direto. Esse modelo de família desapareceu (ENGELS, 1984, p. 37).

O modelo (ou etapa) seguinte foi identificado na família punaluana que, além do incesto vedado entre pais e filhos, passou a excluir também das obrigações sexuais os irmãos, o que deve ter ocorrido de forma gradual, possivelmente excluindo as relações sexuais entre irmãos uterinos (de mesma mãe) até que se tornasse uma regra geral, alcançando as relações entre primos, até mesmo de “gerações diferentes” (ENGELS, 1984, p. 38-39).

Engels (1984) demonstra, posteriormente, que o matrimônio passou a se desenvolver entre grupos ou classes para evitar o incesto e isso provocou divisão da comunidade em núcleos para que os troncos familiares não tivessem relações sexuais entre si, ou seja, dentro dos próprios laços consanguíneos e com isso buscando um formato exogâmico de relações. Essas divisões foram se tornando cada vez mais

complexas até chegar ao formato de um homem e uma mulher para uma relação formalmente monogâmica entre eles.

Sem qualquer pretensão de traçar uma abordagem histórica das entidades familiares, é preciso destacar as raízes históricas e conceituais da “família”, seja como um contrato, uma instituição ou uma sociedade conjugal. Essa forma de abordagem é salutar, visto que olhar para o passado⁴¹³ permite compreender por qual razão para as minorias (com destaque para as populações homossexuais) é tão importante destacar a flexibilidade de compreensão do instituto.

É significativo observar que padrões familiares vigeram desde o Direito Romano, quando a família louvável era aquela constituída por um homem e uma mulher e uma vasta prole. O *pater familias* chefiava o lar, enquanto a matrona se submetia ao claustro e a obediência. Esse “modelo” de família foi cultural e religiosamente tão “sacralizado” que o Império romano teve seu fim em 476 d.C., mas no Brasil apenas em 1962 é que houve relativa autonomia da mulher nas dinâmicas familiares com o Estatuto da Mulher Casada. No que se refere às transformações de formatações familiares, a superação do paradigma casamento como instituição entre homem e mulher⁴¹⁴ se deu no Brasil apenas em 2011, com o reconhecimento da união estável homoafetiva, sendo que até 1990 a homossexualidade figurava como um

⁴¹³ Como destacado em outros momentos, a presente tese não busca qualquer aprofundamento histórico dos institutos por estar centrada em uma preocupação do tempo presente. Um aspecto relevante é destacar que mesmo esses olhares para o passado possuem uma razão de ser, não sendo as indicações históricas apenas uma praxe nas produções acadêmicas de apresentar um caminho progressivo dos institutos originando-se no Código de Hamurabi até os dias atuais. As considerações históricas traçadas possuem uma razão muito clara de ser e estar nas análises, visto que o reconhecimento das famílias homoafetivas é: (i) um fenômeno natural e esperado, visto que a família como uma célula social foi se (re)construindo e (res)significando de acordo com os aspectos socioculturais em que se estava inserida; (ii) a herança cristã dessa instituição estabeleceu-lhe um aspecto de sacramento, portanto, direta e indiretamente muito ligado à religião, o que também cria uma dimensão de tabu sobre o tema, bem como reforça o estabelecimento de preconceitos contra o reconhecimento de uniões homossexuais; e (iii) demonstrar como o Direito – graças aos movimentos de lutas dessas minorias – permitiu superar paradigmas culturais, históricos e normativos graças a afirmação da dimensão afetiva da família superando as visões reprodutivas.

⁴¹⁴ Cabe aqui observar que o foco da análise está no contexto maior de família, mas a organização matrimonial de casamento é, no Ocidente, um formato muito atrelado à ideia de contexto familiar. A despeito disso, é preciso reforçar que “casamento” e “família” são configurações correlatas, mas apresentam conceitos distintos (como se faz claro no item 6.1). Assim, quando o texto fala da superação do paradigma do casamento como instituição entre homem e mulher, não está dizendo que essa “superação” se deu no contexto de família, visto que esse paradigma específico (aqui referindo-se à família) deu sinais anteriores de desgaste principalmente no Direito Civil, quando o STF reconhece o concubinato e depois quando em várias decisões judiciais começou a reconhecer outros tipos de família, para efeitos de impenhorabilidade do bem de família, o principal exemplo era a família monoparental. Há um desgaste no formato ainda heteronormativo do casamento (com predominância do homem sobre a mulher), com o reconhecimento da união estável heterossexual, de forma paulatina, e que apenas posteriormente resultará no reconhecimento de outros modelos de família (como está apresentado nos itens 6.1 e 6.2).

comportamento patológico pela Organização Mundial de Saúde (RESENDE, 2017, p. 430).

Em uma análise geral, a aceitação e a integração da população homossexual divergem de nível considerando a sociedade em que está inserida o que reflete, decisivamente, “no tipo de regulamentação legal adotada pelo legislador”. As sociedades que primeiro e melhor ofereceram tratamento normativo para casais homossexuais e famílias homoparentais⁴¹⁵ foram aquelas consideradas abertas, tolerantes e plurais. Não há, entretanto, homogeneidade no tratamento dessas entidades familiares por essas sociedades, sendo que variaram entre reconhecimento mínimo e máximo das uniões homoafetiva, e, nesse sentido, a melhor proteção foi a do reconhecimento do casamento, mas em casos isolados (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 222).

Em sentido similar, Taísa Ribeiro Fernandes (2004), na esteira doutrinária de Maria Berenice Dias, apresenta a classificação (como um critério didático) quanto ao tratamento jurídico deferido para as pessoas homossexuais em três grandes grupos de países, considerando o grau de liberdade e respeito à orientação afetivo-sexual: (i) *conservadores*, em que se encontra extrema repressão, sendo o caso de países islâmicos e mulçumanos que possuem imposição de pena de morte como punição para manifestações homossexuais. São países marcados por uma forte presença de costumes religiosos na conformação jurídica; (ii) *intermediários* – considerado o maior bloco, é integrado por países que descriminalizaram a homossexualidade – proíbem a discriminação, mas não possuem medidas positivas (que regularizem e ordenem as uniões homoafetivas) o que demonstra uma postura de rejeição ou despreço pelo tema e pela população LGBTQ+; e (iii) *expandidos*, é o grupo formado por países de tradição liberal, com destaque aos países nórdicos, onde se verifica a adoção de políticas contra a descriminalização, onde descriminalizaram condutas, instituíram ações afirmativas e apoiam as organizações homossexuais (FERNANDES, 2004, p. 116-123).

⁴¹⁵ Apenas para fins de esclarecimento cabe informar que o termo “família homoparental” se trata de um neologismo (ou um “neo expressionismo”, por se tratar de uma nova expressão) para fazer referência àquela família formada por um (quando solteiro) ou ambos os pais (quando casal) homossexuais ou bissexuais na condição de pai ou mãe (biológicos ou por adoção) de uma ou mais crianças. Uma família homossexual é aquela formada por duas pessoas do mesmo sexo que se unem com interesse afetivo-sexual, como um casal que pode ou não ter filhos. A família “homoparental” é reconhecida pela existência de uma relação de parentalidade-filiação (a existência de filhos é elemento qualificador/identificador), enquanto uma família homossexual pode ser formada apenas pelo casal sem filhos e ser, igualmente, família.

Um significativo aspecto desse reconhecimento é o respaldo presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945 que reconhece (Artigo 16) *o direito de contrair matrimônio e fundar uma família*, como sendo um direito independente de gênero, raça, nacionalidade ou religião. O documento apenas destaca a necessidade de livre e pleno consentimento, e a maioria dos nubentes. A família é, para a Declaração, “núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Como observado, a previsão em abstrato não é suficiente ou o ponto final do processo de fruição dos direitos, mas seu ponto de partida. É inegável, nesse aspecto, a importância do Poder Judiciário no processo de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais para as minorias. A existência de fundamentos para esse processo nos tratados internacionais e nos textos constitucionais também se apresenta como fator de reconhecimento (supra)estatal das minorias e dos grupos vulneráveis.

No que tange ao direito constitucional, o Constituinte estabeleceu a concretização dos direitos mais elementares ao vislumbrar “possibilidade de transformação da realidade brasileira tão excludente e marginalizante”. Há que se observar, entretanto, que os direitos da pessoa humana correm o risco de se tornarem inefetivos, se na decisão, o julgador apenas considerar a “observação distante e neutra do objeto para a formação de seu julgado”, visto que seria virtualmente impossível “subsumir os fatos de uma sociedade tão complexa e dinâmica em uma moldura legislativa prévia, ainda que geral e abstrata”. Nesse sentido, caminha-se para um debate em torno de uma (res)significação a respeito do caráter epistemológico sobre como aplicar o direito (com base positivista) e sua possível superação, de modo que a atividade decisória “seja norteadada pela realização máxima dos mandamentos constitucionais” (LIMA, 2011, p. 12).

Houve uma reconstrução das bases do Direito ao se colocarem os direitos humano-fundamentais em uma posição central (nuclear) do sistema jurídico, mas não foi suficiente para que se pudesse alcançar a “plena efetividade da dignidade humana e da justiça social”. A razão disso é que uma forte efetividade desses direitos não se alcança apenas com a transformação das bases estruturais do Direito (dentro de uma percepção do Direito como uma estrutura coercitiva, que se legitima pela força como se faz nas leituras normativistas abstratas da *teoria kelseniana*) (PINTO COELHO, 2012, p. 292-293).

O Direito é um sistema comunicativo e, por essa razão, pode organizar a efetivação dos Direitos Humanos a partir de um comprometimento concreto dos agentes sociais envolvidos (o que inclui os que buscam gozar do direito postulado e os que exercem função pública relacionada ao gozo desse direito). Dito de outra forma, para o alcance de uma real concretude para qualquer Direito Humano, sua efetividade envolve o reconhecimento como Direito Constitucional Fundamental e não tanto de uma estrutura coercitiva estatal, dependendo, entretanto, da concordância e comprometimentos conscientes dos atores da sociedade que os adotem como “símbolos referenciais de convívio”. Logo, para que se possa construir uma cultura de direitos humanos, não se pode olvidar da essencialidade da formação de cidadãos engajados na sua efetivação (PINTO COELHO, 2012, p. 292-293)⁴¹⁶.

O comprometimento, ainda que não seja um aspecto homogêneo na (e da) sociedade permite perceber uma nova compreensão ou revisão das circunstâncias pós-modernas que demandam seu lugar como relações mais flexíveis e plurais⁴¹⁷. Assim, hoje, as definições de conjugalidade coexistem com diferentes formatos de relacionamento, como pares formados por pessoas de sexos diferentes ou de mesmo sexo (NASCIMENTO *et al.*, 2015). A transformação dessa definição e coexistência passam a ser, por ora, o enfoque da presente análise.

Guimarães (2009, p. 563), com base em Foucault (1984), aponta que diferentes a história testemunha tratamentos de abertura para a sexualidade e momentos de privações sexuais e recato, o que se estende para a pessoa homossexual, que constituiu um grupo que experimenta momentos de liberdade para ser e se expressar (nos guetos) e por reprovação e marginalização no espaço público, como um a rejeição naturalizada de comportamentos homossexuais.

⁴¹⁶ É possível evocar a importância de uma valorização da construção democrática por parte dos movimentos sociais e da significação que a dialética de resistência e luta das minorias provoca e que vai sendo assimiladas pelas instituições. Como observado por Castoriadis, todos os nossos atos possuem condição de possibilidade efetiva e, com isso, potenciais em sua materialidade e em seu significado. Somos seres sociais vivendo em um mundo social “que é o que é porque está instituído desta maneira e não outra” (2012, p. 233), merecendo por isso uma avaliação e revisão conceitual.

⁴¹⁷ Correlaciona-se, assim que a ausência de participação popular por meio do procedimento eleitoral na escolha de membros da Corte Constitucional apresenta pontos favoráveis, pois permite que o STF atue contramajoritariamente, e nesse sentido construindo uma cultura de direitos humano-fundamentais, de forma isenta e sem um controle popular direto. A independência do STF é elemento decisivo para legitimar a titularidade do monopólio da última palavra (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 130-131). Essa desvinculação dos humores populares permite a formação de uma Corte constitucional ideologicamente independente e, por isso, com maior propensão para ser um locus de construção de uma cultura de direitos humano-fundamentais (já que não precisa estar vinculada, necessariamente, à opinião pública).

Aqui, vale a lição de Axel Honneth, quando afirma que o reconhecimento jurídico é a via tradicional de concessão de “uma proteção social” para a dignidade humana de um sujeito, “mas esta está ainda inteiramente fundida com o papel social que lhe compete no quadro de uma distribuição de direitos e encargos amplamente desigual” (HONNETH, 2009, p. 181), o que demanda uma atuação dos movimentos sociais LGBTQ+, e aliados, para a transformação via reconhecimento jurídico, mas também na existência política.

O jogo da *expectativa* de vivência normativa para as pessoas LGBTQ+ não se dá “somente na sexualidade, mas em toda a jornada de vida”, pois desde o nascimento “um projeto de realizações e logo um contrato social são impostos”. O rompimento dessa expectativa, para as pessoas LGBTQ+, é uma reafirmação diária contra o rótulo de anormalidade incorporado e fortemente fiscalizado pela matriz de poder (GOMES, 2019b, p. 32). O reconhecimento dos direitos das minorias, na perspectiva das entidades familiares, é um processo estratégico para que se retire a legitimidade institucional do rótulo de anormalidade. O reconhecimento jurídico é uma etapa importante na dignificação das uniões e das pessoas LGBTQ+.

É preciso reconhecer que essa temática não é simples, especialmente, pela razão que a “luta pelo reconhecimento do direito à diversidade” está relacionada com aspectos “divergentes”, o que resulta em “grandes dificuldades e resistências nos cânones tradicionais do direito”, por contrariar padrões do Estado-nação e Direito estabelecidos na Modernidade (BAHIA; BOMFIM, 2019, p. 255). O admissão de uma configuração de família não *heterocentrada* representa um caminho árduo de mudança epistemológica para o Direito.

6.1. Conceito de Família, Casamento e União Estável. História jurídica do casamento e demais uniões civis

Uma conceituação do instituto da família pode apresentar-se de maneiras diferentes a depender do *enfoque* de análise, podendo se dar de forma sociológica, antropológica, biológica, filosófica ou, entre tantas outras, jurídica. Uma perspectiva jurídica sobre a família e sua configuração deverá levar em consideração, entre outros elementos, a previsão de sua existência (o que representa seu reconhecimento) no plano normativo e, em sentido complementar, considerar que a sua não previsão na norma implica uma *declaração* de suposta inexistência.

Se a abordagem jurídica apenas se limitasse à norma prevista, constituir-se-ia uma separação abissal entre previsão jurídica e realidade, pois a norma não tem poder sobre o mundo da existência, sendo óbvio que o mundo não se limita ao texto da lei, mas é por ele (quando relevante) tratado. Essa limitação lógica e óbvia da lei implica a necessária utilização de outros instrumentos, como a interpretação, a leitura histórica, a consideração de valores, entre outros elementos, para uma real compreensão da realidade como meio de, de fato, conseguir resolver problemas sociais.

Nas lições de Engels, a família é transformada de forma associada às formas de produção, especialmente vinculadas com a propriedade privada como marco da família patriarcal monogâmica. O autor vê o advento da família monogâmica como uma dominação masculina, com a conseqüente escravização da mulher nessa relação e sua submissão ao controle do marido. Para o autor, esse foi “o primeiro antagonismo de classes [...] a primeira opressão de classes” (ENGELS, 1984, p. 70-71).

Quando se analisa, por exemplo, a configuração da família romana (que serviu, em alguma medida, para o Direito regular as relações familiares) observa-se que o termo “família” nem mesmo significava “o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas”, pois “a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos”. A etimologia aponta que “famulus” significava “escravo doméstico” e “família” era “o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem”. Nesse sentido, posteriormente, os romanos acabaram desenvolvendo essa expressão no sentido de “designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com pátrio poder romano e direito de vida e morte sobre todos eles” (ENGELS, 1984, p. 61).

A regulamentação da família, entretanto, pouco pareceu dedicar-se na dimensão do conceito, se prestando tanto mais a apresentar disposições de formação, hierarquia e controle no decorrer da história. A preocupação era limitar sua formação a uma relação entre homem e mulher (no mais das vezes), bem como as relações de parentalidade e sucessão, sendo uma fórmula quase padrão de previsão normativa da família desde o período greco-romano. Para Engels (1984, p. 61-62), com apoio em Marx, é possível sustentar que essa formatação romanesca (com elementos de poderio masculino sobre vida e morte da esposa, filhos e agregados, e como proprietário dos bens e seu principal gestor) remanesceu na família moderna burguesa, como uma miniatura da sociedade e seus antagonismos.

Inicialmente, limitando os comentários em observações que possuem reflexos na visão contemporânea, desde o período clássico greco-romano, se atribuiu à família uma dimensão eminentemente privada, ou seja, como algo não público. Nesse reconhecimento da família como um espaço autônomo, buscou-se do Estado uma legitimação da autoridade do *pater familias* sobre suas propriedades e familiares (visão essa que foi sendo acompanhada no decorrer da História e legitimada com outros fundamentos pela lógica medieval). A lógica de separação entre a esfera pública e a esfera privada sempre foi uma constante na construção teórica e prática no Direito. As diversas manifestações do Direito no decorrer da história foram coincidentes na regulação das relações familiares como uma parcela especial(izada) da previsão jurídica.

A ideia do casamento passou, portanto, por diversas modificações de interpretação como a própria noção de família. A primeira formatação considerável para as análises do Direito de Família no Ocidente parte da visão românica do instituto, que possuía uma função social e principalmente religiosa. Acompanhando Engels sobre essas configurações da visão romana, o modelo romano não é seguido de forma equânime, uma vez que “a família monogâmica não se revestiu em todos os lugares e épocas, da forma clássica e rígida que teve entre os gregos”, pois a figura da mulher “era mais livre e mais considerada entre os romanos, os quais, na qualidade de futuros conquistadores do mundo, tinham das coisas um conceito mais amplo” ainda que não tão refinados quanto os conceitos gregos. Nesse sentido, o homem romano “acreditava suficientemente garantida a fidelidade de sua mulher pelo direito de vida e morte que tinha sobre ela”, sendo válido mencionar que a mulher “podia romper o vínculo matrimonial à sua vontade, tal como o homem” (ENGELS, 1984, p. 73-74).

Ivette Rocío Araujo Velásquez e Luis Enrique Portillo López (2016) afirmam que os primeiros registros de casamentos entre pessoas do mesmo sexo ocorreram durante o Império Romano⁴¹⁸, mencionando que Nero havia se casado com três homens sucessivamente, além dos casamentos registrados com mulheres. Destacam, os autores, que o registro desse tipo de matrimônio se realizou sem que se produzisse nenhuma reforma legal ou institucional, visto que os romanos enxergavam o matrimônio como um contrato privado entre particulares, sem interferência estatal. Em razão disso, nos

⁴¹⁸ Os autores mencionam que mesmo que o Direito Romano nunca tenha reconhecido oficialmente o matrimônio entre casais do mesmo sexo, esse tipo de união era, em realidade, um lugar comum mesmo que visto com alguma desaprovação. Nas classes pobres pode haver predominado uniões informais, mas entre as classes altas eram legais e comuns os matrimônios entre homens ou entre mulheres.

primeiros anos do Império, é muito comum fazer-se referência a matrimônios homossexuais (VELÁSQUEZ; LÓPEZ, 2016, p. 16).

Essa união entre homens, afirmam historiadores, recebeu a tutela jurídica com o instituto *adelphopoiesis/adelphopoiesis* (que significaria, em grego, *fazer irmãos*), sendo recorrentemente citado sobre esse assunto o pesquisador Pável Florenski autor da obra “O Pilar e o Fundamento da Verdade. Ensaio sobre a Teodiceia Ortodoxa em Doze Cartas”. Essas uniões tiveram também alguma dimensão de reconhecimento dentro das igrejas cristãs, visto que contavam com as figuras de “bodas de semejanza” ou “enlaces de hermandad”, sendo uma prática com menor frequência entre mulheres⁴¹⁹ (VELÁSQUEZ; LÓPEZ, 2016, p. 16). Nesse sentido, Fábio de Oliveira Vargas afirma, além da *adelphopoiesis* nas comunidades cristãs antigas, a existência no mundo asiático do *casamento Fujian* para uniões entre homens e o *casamento das Orquídeas de Ouro* para as uniões entre mulheres (2014, p. 29).

Registros de formas de união homoafetiva reconhecidas (ainda que não juridicamente) são apresentados por Oliveira (2012, p. 44), com fundamento nas pesquisas de Duarte Santos (2009), que exemplifica a ocorrência de “uniões e casamento de pessoas do mesmo sexo” em tribos nativas da América do Norte (onde um dos membros do casal assumia o papel do gênero oposto, chamado de *tradição dos berdache*, que se manteve até o início do século XX), também em tribos “Nandi no Quênia, Dinka, Nuer no Sudão, Konso e Aamhara na Etiópia, Zulus na África do Sul, Kwayama e Ovibundu em Angola”.

Na cultura Asiática, observam-se os casamentos entre pessoas do mesmo sexo “nas Dinastias Zhou, Han e Ming”, e as “sou hei” – que eram uniões equiparáveis ao *Boston marriage* (relações entre mulheres independentes financeiramente nos séculos XIX e XX) (OLIVEIRA, 2012, p. 44).

A Igreja Católica, passando a ocupar o espaço de centralidade política (como uma autoridade com poder temporal e religioso), cultural-religiosa, moral e intelectual (graças à filosofia teológica e as universidades como centro do pensamento ocidental medieval), apropriou-se da tradição normativa românica e formulou regras jurídico-religiosas com o Direito Canônico. A ética católica e sua moralidade alicerçada no monopólio interpretativo das escrituras e com base na Tradição formatou o pensamento

⁴¹⁹ Também corroboram com essas informações os estudos de Berazaluce (2012), de Fábio de Oliveira Vargas (2014, p. 29) que inclusive menciona como referência John Boswell que tratou do tema em sua obra *Same sex union in premodern Europe* (1980).

jurídico e, conseqüentemente, reformatou a ideia de família, o que representou uma visão dominante no contexto do Ocidente e posteriormente de suas colônias. Como observado, o casamento se firmou como sacramento, e isso se deu como “herança de institutos canônicos, que o transformaram em rito sagrado celebrado perante Deus, na presença de um intermediário (pároco) e de testemunhas” (PINHEIRO FARO; PESSANHA, 2014, p. 78).

O Direito de Família (por meio do Legislador, principalmente) muito se apoiou em regras baseadas na moral e na ética⁴²⁰ de uma sociedade católica (o que poderia também ser chamada de uma moral judaico-cristã), em que a presença de regras cristãs se faziam mais visíveis que o Direito (normas jurídicas). Um exame do conteúdo das normatizações jurídicas indica grande influência de preceitos religiosos (a despeito de o Estado ser laico). O conteúdo de validade da legislação seria conferido pelo substrato efetivo que a moral e a ética ofereciam à ciência do Direito (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 175).

A entidade familiar historicamente consolidada no Ocidente é oriunda do casamento (também chamado de matrimônio), tendo sido reconhecido como um sacramento pela Igreja Católica na Idade Média, atribuindo-lhe um valor sagrado e divino. Se casamento, portanto, é a união institucionalizada entre homem e mulher pela autoridade da Igreja, as uniões que não cumpriam esse requisito eram consideradas concubinatos. Essas uniões foram vedadas e consideradas como pecado severamente puníveis, bem como as uniões entre pessoas do mesmo sexo (chamados de invertidos) sob qualquer circunstância (PINHEIRO FARO, PESSANHA, 2014, p. 78).

Uma observação sobre a flexibilidade dos ditames relacionados com o casamento e o concubinato se faz necessária. Nos séculos XVII e XVIII, ainda que a prática do concubinato fosse condenada pela Igreja Católica, esse arranjo de união se fazia presente, tanto pelas dificuldades financeiras das classes mais pobres (que impossibilitavam o pagamento da cerimônia de casamento ou o pagamento de dote), bem como pela discriminação da própria Igreja quanto aos casamentos inter-raciais, ou

⁴²⁰ Segundo José Paulo Gutierrez, Andréa Souza Ferrão e Taís de Cássia Peçanha Rocha, ao referenciar Maria Berenice Dias (2010), a palavra “moral” vem do latim *mos/moris* significando “costume ou procedimento habitual”, a partir de onde é possível definir a moral como “conjunto de normas sociais construídas num determinado tempo e num determinado lugar, seguida com lealdade por aquele que as aceitou”. Ética, por sua vez, se origina do grego *ethos*, significando “costume, conduta”, a partir de onde, pode ser conceituado como “a ciência da moral” sendo “uma análise crítica das condutas morais impostas pela sociedade ao indivíduo, é ao contrário da moral, uma ciência intertemporal, já que em toda sociedade haverá sempre um crítica às regras sociais de seu tempo” (2011, p. 175).

ainda “fosse pela própria natureza não monogâmica de várias relações”⁴²¹. Para contornar a marginalidade das relações não matrimoniais, havia uma forma recorrente de relacionamento chamado “casamento por juras”, devendo ser entendido como “uma forma de coabitar sob o mesmo teto, antes da celebração de seu casamento religioso, em uma espécie de pacto com o clero”, ou seja, com a conivência da Igreja, desde que o casal em questão firmasse que “realmente viriam a se casar um dia. Dessa forma, muitos casais viviam juntos por muitos anos, às vezes, até o fim da vida de um deles, sem chegarem de fato ao casamento religioso” (FONSECA, 2016, p. 43).

É um fato histórico, na experiência de países como Estados Unidos da América, Canadá e Inglaterra, a existência do instituto do chamado “Boston Marriage” (casamento de Boston, em tradução livre) como uma união social e costumeiramente reconhecida entre duas mulheres solteiras. Silviano Santiago explica que a expressão “casamento bostoniano” é um termo do século XIX norte-americano, servindo para descrever, em uma sociedade patriarcal, “o lar onde duas amigas vivem como *irmãs*, compartilhando o mesmo teto sem a companhia, o apoio ou a provedoria masculina”. Adverte o autor que não havia clareza se a expressão “recobria relações onde a intimidade emocional era duplicada pelo contato físico – relações lésbicas”, especialmente pelo pensamento puritano da época e do século posterior, havendo apenas “sugestões” nos registros de autores como Henry James (autor do romance *The Bostonians*, 1986) ou de Gertrude Stein (autora de *A autobiografia de Alice B. Toklas*, de 1933⁴²²) que usava uma “escrita geralmente ascética ou assexuada”⁴²³ (SANTIAGO, 2015, p. 242-244). Oliveira observa que a prática do “Boston Marriage” era comum no século XIX, mas não possuíam qualquer efeito jurídico (2012, p. 44).

⁴²¹ Esse tipo de “organização familiar típica das camadas populares da época abrigava tanto mulheres e homens solteiros, quanto mulheres solteiras e viúvas que coabitavam com homens casados e, eventualmente, mulheres casadas que saíam de suas casas para viverem com outros homens” (FONSECA, 2016, p. 43). A observação histórica cabe aqui para mostrar que, mesmo que muitas narrativas históricas apresentem uma linha do tempo com a consagração do casamento heterossexual como o hegemônico, não se pode negar que outros arranjos familiares sempre existiram, mas sempre na marginalidade e na exclusão. Assim, ainda que houvesse um modelo eleito como padrão, jamais se pode aceitar que foi, de alguma forma, absoluto.

⁴²² Gertrude e Alice conviveram no regime de “Boston Marriage”. Sobre a relação de ambas nunca houve menção expressa da palavra lésbica, mas era costume da época não pronunciar essa palavra (SANTIAGO, 2015, p. 243-244). Gertrude Stein é uma autora com ficções retratando esse regime de união entre mulheres (como é o caso de *Três Vidas*, de 1909)

⁴²³ Santiago tece uma observação sobre o uso desse recurso de “subliminarização” de relações homoeróticas e de leituras desconstrutoras dessas sugestões textuais, mencionando que o romance brasileiro *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, parece sugerir a existência de uma relação homoafetiva entre Bentinho e Escobar (SANTIAGO, 2015, p. 244).

Para Lenise Santana Borges, a “tolerância” quanto ao formato de união duradoura entre mulheres financeiramente independentes era amparada por uma visão ou crença (século XIX) de que as mulheres eram assexuais (o desejo sexual era dominante apenas em homens), de modo que a amizade íntima entre mulheres era vista como insuspeita, mesmo diante do que poderia ser descrito como “amizade romântica”. Para a autora, amparada nas análises de Faderman (2001), o “Boston Marriage” representava “amizades emocionalmente intensas e fisicamente suaves entre mulheres que escolhiam viver juntas em vez de se casarem tradicionalmente”, o que, para a visão da época, não era visto como um relacionamento homossexual ou “pervertido”, pois se presumia “não-sexual” (BORGES, 2008, p. 45).

Ainda que se reconheça a existência (e até alguma forma de previsão institucional) de relações não matrimoniais que não se dessem pela via do casamento, esta instituição trata-se do “mais velho dos modelos de família”, cuja configuração se faz com cônjuges “necessariamente heterossexuais” que se unem em matrimônio dentro dos requisitos legais. É fortemente configurada nas bases da família patriarcal, tendo evoluído muito com o passar do tempo, podendo ser dissolvida por meio do divórcio e com a gestão do regime de bens, na maior parte das vezes, feita conforme a vontade dos nubentes (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 184)

No mais das vezes, qualquer outro modelo ou formato de união era taxado como imoral, ilegal ou inexistente. As relações sexuais e pretensamente maritais entre pessoas não casadas não recebiam qualquer proteção jurídica (ainda que talvez alguma dimensão institucional da Igreja). Havia um tratamento discriminatório (especialmente direcionado às mulheres) sobre as companheiras, chamadas de concubinas, tidas como “teúdas e manteúdas”⁴²⁴ e sobre quem não recai qualquer direito patrimonial ou sucessório. A Lei (e o Direito) como instrumento de manutenção de Poder e de domesticação dos corpos⁴²⁵ e dos costumes, exerce uma influência pedagógica negativa de “domesticação social” legitimada pela forte influência cultural-religiosa da herança judaico-cristã que marca o Ocidente⁴²⁶.

⁴²⁴ Expressão que poderia ser entendida no seguinte sentido: a concubina era tida (sexualmente) e mantida (financeiramente).

⁴²⁵ Para uma perspectiva *foucaultiana* das relações de poder.

⁴²⁶ Nesse aspecto a herança do Direito Canônico e da moralidade cristã sedimentada na sociedade marcam essa dinâmica negativa (excludente) do Direito de Família em parte considerável de sua história. Ainda que essa influência seja referenciada como eminentemente católica (tendo, portanto, influenciado a construção jurídica na América Latina), a influência protestante também implicou uma visão conservadora no sistema norte-americano com o estabelecimento de um Direito Conservador, ainda que com configurações próprias e distintas das experienciadas pela América Latina.

Para Engels, nesse sentido, uma transformação da concepção de família burguesa dar-se-á com a orientação dos meios de produção, com a incorporação das mulheres à indústria, educação pública dos filhos, a lógica de indissolubilidade seria paulatinamente abandonada para representar o “triunfo do amor sexual” e igualdade entre os cônjuges, e ainda marcaria o fim da monogamia (ENGELS, 1984, p. 82).

A historiografia das famílias no Brasil⁴²⁷ aponta para uma “[l]atente preocupação com o patriarcalismo e com o núcleo doméstico”, reforçando modelos institucionais e estudos genealógicos adotando o viés do poder político como parâmetro da importância da família na sociedade. O Direito Canônico impõe uma padronização europeia para as dinâmicas familiares brasileiras, com a consequente marginalização “daqueles que não se comportavam com os preceitos normativos”. Consequentemente, o pensamento católico impôs o padrão do matrimônio (casamento) com a aprovação da Igreja Católica e com o não reconhecimento dos vínculos matrimoniais da população escrava negra em relações tidas como “marginais”. Em todo caso, “independente da família, o modelo normativo que estava sendo imposto era o do patriarcalismo”, e, com isso, o “catolicismo e o modelo monogâmico sacramentado eram regras sociais não passíveis de questionamentos” (GOMES, 2019b, p. 35-38).

No Direito brasileiro, o Código Civil de 1916 (re)afirma a família como uma instituição proveniente do casamento entre um homem e uma mulher, silenciando sobre outras formas de união entre duas pessoas que não fosse pelo matrimônio e que não tivessem filhos. A figura das relações “de fato” entre pessoas não casadas era tratada unicamente pela Doutrina e pela Jurisprudência que usavam da classificação de “famílias legítimas” para aquelas formadas pelo casamento e como “famílias ilegítimas” aquelas formadas por uniões de fato. O Código Civil de 1916 vedava o reconhecimento de filhos oriundos de relacionamentos não matrimoniais (Artigo 358) e outros dispositivos nesse sentido, como a vedação de sucessão para que concubinas do testador, visto que elas não poderiam ser nomeadas como herdeiras ou legatárias (Artigo 1.719)⁴²⁸.

⁴²⁷ A presente tese não ignora a existência de uma história no território brasileiro preexistente à colonização portuguesa. É conhecido que os nativos tinham organizações familiares complexas, a quem se atribuíam direitos e deveres. Entretanto, por não se tratar de um sistema jurídico com influências da filosofia grega, direito romano e religião cristã, não são sociedades de cultura ocidental para fins de análise da presente tese. Ainda assim, não se ignora que as heranças culturais indígenas e africanas foram incorporadas como diferentes dinâmicas familiares para a construção da identidade familiar no Brasil que se seguiu.

⁴²⁸ Vale mencionar que em 1989 o STJ reconheceu, no Resp 196, o direito de uma mulher de figurar como herdeira ou legatária por entender que não se tratava de uma “amante” e sim de uma companheira,

Gomes apresenta que o Código Civil de 1916 foi alvo de críticas (especialmente após a CRFB/88) por não condizer com o novo ideal do sistema jurídico, sendo ainda fruto do pensamento do século XIX. Com o desenvolvimento histórico social brasileiro, o Código de 1916 foi alterado diversas vezes na seara da família, como na aprovação do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) e a instituição do divórcio (Emenda Constitucional n. 9 de 1977) e a Lei n. 515/1977 (GOMES, 2019b, p. 50).

A relação concubinária era classificada como pura ou impura, dependendo de elementos de sua constituição. Para uma apertada síntese, o *concubinato puro* era aquele formado por pessoas não casadas, mas que não possuíam qualquer impedimento legal (duas pessoas solteiras de gêneros distintos, que passavam a coabitar e partilhar uma vida comum, e que poderiam, sem impedimento, proceder com o matrimônio, mas por vontade pessoal não o faziam). O *concubinato impuro* (hoje conhecido apenas como concubinato) seria aquela união em que pessoas legalmente impedidas de se casarem passavam a viver como se casadas fossem (com o intento de constituir família), como o caso da pessoa legalmente casada que estabelece uma relação paralela (caso essa relação paralela fosse registrada como casamento configurar-se-ia o crime de bigamia).

Considerando que as dinâmicas sociais não se limitariam ao direito previsto, pessoas continuaram convivendo como se casadas fossem e, na medida em que era possível em uma sociedade ainda conservadora e discriminatória, (man)tinham essa união de forma pública. O número de famílias tidas como ilegítimas continuou gerando questões juridicamente relevantes e passaram a exigir alguma intervenção judicial sobre seus direitos. Ainda no ano de 1964, o Supremo Tribunal Federal dispôs sobre o reconhecimento do concubinato com a súmula n. 382⁴²⁹. A construção do Direito de Família e tutela das garantias fundamentais das famílias tidas como ilegítimas foi uma construção eminentemente jurisprudencial, dada a omissão legislativa, até o ano de 1988 com a promulgação da CRFB.

A proteção do casamento como objeto de tutela estatal, também em outras áreas, se mostra claro quando se observa que o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848,

visto que havia vivido com o falecido por sete anos em uma convivência pública e duradoura. É interessante observar que o Min. Sávio Figueiredo ao apreciar o processo afirmou que “Os motivos que inspiraram o codificador de 1916 já não encontram respaldo e ressonância na realidade da família moderna”, e ao defender a necessidade de se dar à Lei uma interpretação atualizada à luz da realidade em uma perspectiva construtiva disse que “Impõe-se dar a lei, especialmente em certos campos do Direito, como o de família, uma interpretação construtiva, teleológica e de valoração, fundada na lógica do razoável” (BRASIL, 1989).

⁴²⁹ A súmula tinha o seguinte teor: “A vida em comum sob o mesmo teto more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

de 07 de dezembro de 1940) dedica um título inteiro (Título VII) para disciplinar os crimes contra a família, sendo um capítulo (Capítulo I) dedicado aos crimes contra o casamento, em que se podem citar a bigamia⁴³⁰, a simulação de autoridade para celebração de casamento⁴³¹, a simulação de casamento⁴³² e quando já houve o crime de adultério⁴³³.

O Legislador, assim, marcadamente conservador (especialmente nos costumes) muito fez pela moral e pouco para garantir a dignidade da pessoa humana e a igualdade no decorrer dos séculos, como é notado nos ditames civis (a exemplo do Código Civil de 1916). Hoje, graças ao reconhecimento dos Direitos Humanos, a dignidade humana e a igualdade podem ser reivindicadas (ainda que não gozadas plenamente) pelos membros de uma família. Assim, o Legislador se viu, com o decurso das modificações de concepções morais da sociedade (em uma notável expansão da tolerância e do respeito), *forçado* a constituir leis que acompanhassem as mudanças sociais reivindicadas (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 176).

A História da humanidade oferece fartos exemplos da dicotomia entre poder e valores morais religiosos⁴³⁴ e, como legado/herança, é perceptível essa mútua influência na configuração normativa (legal) da família⁴³⁵. A produção estatal regulamentadora da

⁴³⁰ Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

⁴³¹ Art. 238 - Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento: Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

⁴³² Art. 239 - Simular casamento mediante engano de outra pessoa: Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

⁴³³ O crime de adultério ocupava o Art. 240, tendo sido revogado pela Lei n. 11.106, de 2005. Aqui é interessante a observação que se “descriminalizou” o adultério, não como uma forma de “incentivar” a prática, mas por reconhecer que o Direito Penal deve ser a *última ratio* e que o adultério é algo da esfera privada, do contexto particular de um casal, não uma questão de ordem social. Houve, aqui, uma superação do peso moral de práticas privadas para um tratamento puramente jurídico.

⁴³⁴ Ironicamente, a Bíblia cristã possui disposições condenando a prática do incesto (como em Levítico 18), mas, ao mesmo tempo, é repleta de histórias incestuosas nem sempre vistas de forma negativa, como é o caso de: (i) Abraão e Sara, que eram meio-irmãos, tendo em comum o mesmo pai e mães diferentes, e coabitaram até o fim da vida, como visto em Gênesis 20:12; ainda na família de Abraão ocorreu que seu irmão (ii) Nahor casou-se com Milca, sua sobrinha (filha de seu irmão Harã, que já havia falecido na época), como retratado em Gênesis 11:27-29; (iii) Anrão e sua tia Joquebede, irmã de seu pai, se casaram e tiveram três filhos, Aarão, Miriã e Moisés, o do Egito, como visto em Êxodo 6:20; (iv) Ammon estuprou sua meio-irmã Tamar, ambos filhos do rei David, tomando-a por esposa anos depois e acabou sendo morto por outros filhos de David quando este, nas bodas, estava muito bêbado, como descrito em II Salmo 13:2, 14, 28-29; e (v) as filhas de Ló (sobrinho de Abraão e irmão de Milca) que se deitaram com o pai após o embebedarem depois de terem fugido da destruição de Sodoma, como visto em Gênesis 19:30-38).

⁴³⁵ Em alguns países a união entre primos é considerado uma espécie de incesto, como também o é a união entre pessoa e irmão/irmã de seu ex-cônjuge (ou seja, popularmente se diria da união com seu ex-cunhado, ex-cunhada), como chegou a ser retratado na peça *Hamlet* de William Shakespeare onde o casamento da rainha Gertrudes (viúva) e seu cunhado, rei Cláudio (irmão do falecido esposo de

matéria no cenário nacional, o que inclui o Código Civil de 2002, está centrada na configuração de família formada pela união de duas pessoas de sexos diferentes.

Com isso, grupos religiosos⁴³⁶ apresentam-se como grupos de pressão depondo para a negativa do Estado em reconhecer direitos que amparem a sexualidade, como é o caso da união homoafetiva, argumentando que esse reconhecimento estatal iria de encontro à concepção idealizada tradicional (heterocentrada) que possui fins procriativos como estabelecido nos dogmas religiosos cristãos.

Não é possível ignorar a presença da religião (cristã, especialmente) nas relações sociais influenciando a vida cotidiana, o que implica reconhecer que essa “valoração” da religião também marca os representantes em funções estatais (no Executivo, no Legislativo e no Judiciário) que, de modo geral, reproduzem essas visões tradicionais com influência religiosa (BARANOSKI, 2016, p. 78-79).

6.2. Avanços (infra)constitucionais: a constitucionalização da realidade social como estratégia de proteção

O peso institucional da Igreja Católica e sua influência na construção jurídica são inegáveis, tendo influenciado a lógica de compreensão da família. No Brasil é válido destacar que essa relação entre Igreja e Estado foi, por um longo tempo, inclusive expressamente constitucionalizada, como visto na Constituição Imperial de 1824 que versava (em seu Artigo 5º) que a religião Católica Apostólica Romana continuaria sendo a religião do Império, ainda que permitisse a liberdade religiosa (desde que na esfera do culto doméstico ou em casas específicas sem fachadas de templos). Ainda que essa Constituição nada tenha legislado sobre a família (exceto sobre a família imperial), é perceptível que qualquer interpretação ou tratamento normativo se daria com base em crenças católicas, o que implicava a existência “única” do casamento religioso⁴³⁷.

Gertrudes), é considerado uma união incestuosa. Hamlet se expressa em queixa sobre sua mãe dizendo que ela não guardou o luto e “se apressou com tanta sofreguidão para lençóis incestuosos”. Essa visão de relacionamento entre parentes como prática de incesto tem raízes na tradição judaico-cristã, como estabelecido em Levítico.

⁴³⁶ Ainda que seja recorrente a menção aos grupos religiosos evangélicos e a atuação da banca evangélica no Parlamento, é importante mencionar que também atuam contra os direitos dos homossexuais (e direitos sexuais de um modo geral) deputados cristãos não evangélicos, a Conferência Nacional dos Bispos – CNBB, entre outros.

⁴³⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, citada por Luiz Geraldo do Carmo Gomes, observa que a Constituição Imperial de 1824 nada trouxe sobre Direito de Família, por ser constituir um “assunto substancialmente eclesiástico”, ficando poucos assuntos deixados fora da chancela eclesial (GOMES, 2019, p. 42)

A história do constitucionalismo brasileiro marca essa visão tradicional (e na maioria das vezes religiosamente orientada). A exceção, em partes, se deu com a Constituição Republicana de 1891 (segunda Constituição brasileira) que fez menção à família, apresentando uma previsão normativa, tratando do tema no Artigo 72, § 4º, mas rompendo uma ligação direta com a Igreja (estabelecida na Constituição anterior) ao prever que o Estado Brasileiro (com a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926) passava a reconhecer apenas o casamento civil, iniciando o que poderia ser entendido como uma secularização das disposições constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição brasileira de 1934, sob o governo de Getúlio Vargas, apresenta a família como uma preocupação estatal por tratar do tema em um capítulo especial dentro do Título V (Da Família, da Educação e da Cultura) sendo este o Capítulo I (Da família), abordando o assunto do Artigo 144 ao 147. Essa Constituição reforça a validade do casamento civil, porém flexibiliza a secularização anteriormente estabelecida validando o casamento religioso devidamente registrado. A Constituição de 1934 é criticada por não tratar de temas relevantes como conceituação do que seria família, versando apenas sobre sua constituição e preservação e por reafirmar a indissolubilidade do casamento.

Gomes observa, entretanto, que houve contribuições da Constituição de 1934 no que tange ao Direito de Família e “trouxo inovações”, como a “igualdade entre homens e mulheres no casamento”, mas afirma que a Constituição de 1934 “era irrealista ou inexecutável, pois era considerada uma colcha de retalhos”, contemplando “dois projetos políticos diversos, o liberalismo e a ditadura”, sendo essa última a proposta que sobressaiu com a ditadura getulista de 1937 (GOMES, 2019b, p. 44-45).

A Carta Ditatorial de 1937 (chamada de Constituição Polaca em razão de sua inspiração no modelo semifascista polonês, mas que recebeu influências das Constituições portuguesas, italianas e castilhistas) apresentou um perfil de pensamento autoritário. Na seara do Direito de Família “tratou a família como instituída pelo casamento indissolúvel e protegida pelo Estado”, a educação dos filhos como dever dos pais auxiliados pelo Estado e a igualdade dos filhos naturais com os “legítimos” (GOMES, 2019b, p. 45).

A Constituição de 1946 também prevê um capítulo para tratar da família (Capítulo I do Título VI – Da Família, da Educação e da Cultura), inovando por constitucionalizar a sucessão de bens de pessoa estrangeira em benefício do cônjuge e

filhos brasileiros, aplicando-se a lei brasileira nos casos em que fosse mais favorável que a do país de origem do de *cujus* (Artigo 165).

A Constituição brasileira seguinte, oriunda do período ditatorial militar, trouxe no ano de 1967 apenas um artigo em seu texto tratando da família (Artigo 167, do título VI – Da Família, da Educação e da Cultura), não oferecendo conceitos ou maiores diretrizes. Ao apenas manter os direitos já garantidos anteriormente, perpetuou o entendimento da família ser constituída unicamente pelo casamento e, portanto, única instituição com proteção constitucional.

Vale destacar que, ao contrário da Constituição de 1946, que afirmava ser a família dotada de “proteção especial do Estado”, a Constituição de 1967 utilizou da expressão “proteção dos Poderes Públicos”. A Emenda Constitucional n. 01, de 1969, manteve as disposições da Constituição sobre o tema, mas a Emenda Constitucional n. 9 de 1977 inovou com o reconhecimento do instituto do divórcio (retirando a figura da indissolubilidade do casamento e estabelecendo a possibilidade de dissolução do casamento com a prévia separação legal por mais de três anos).

Entretanto, as mudanças mais significativas no cenário nacional de superação de paradigmas foram estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresentando avanços constitucionais ao tema “família” em seus dispositivos. Para Luiz Geraldo do Carmo Gomes é possível afirmar que “[u]m novo Direito de Família nasceu” com a CRFB/88 “pois os princípios que nela se encontram influenciaram todo o ordenamento jurídico” (2019b, p. 48).

O texto constitucional de 1988 (Artigo 226) reconhece a família como base da sociedade e dotada de especial proteção do Estado, nesse sentido afirmando que o casamento é civil e sua celebração é gratuita (§ 1º), mas também reconhecendo o casamento religioso com efeito civil, nos termos da lei (§ 2º). O dispositivo também reconhece a união estável como entidade familiar, determinando a facilitação da sua conversão em casamento⁴³⁸. Com a preocupação de oferecer conceitos, a CRFB/88 entende por comunidade familiar aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecendo as famílias *monoparentais* (§ 3º). A igualdade de gênero dentro da sociedade conjugal também foi uma preocupação relevante estabelecendo que os direitos e deveres são igualmente exercidos pelos membros do casal (§ 4º). É

⁴³⁸ Ainda sim apresentando uma visão hierarquizada do casamento como dotada de status superior, bem como por ser o casamento à época detentor de maiores direitos e segurança patrimonial.

relevante destacar a reafirmação da dissolubilidade do casamento mediante divórcio⁴³⁹ e mediante a separação judicial prévia por mais de um ano ou separação de fato por dois anos⁴⁴⁰ (§ 5º)⁴⁴¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu teor, enfrenta hipocrisia e preconceitos sociais quando reconhece a união estável, por exemplo. Assim, a constitucionalização do Direito de Família desloca o eixo central das relações familiares, de modo a ter o seu norte não mais o Código Civil, mas a CRFB/88, partindo de uma leitura hermenêutica de seus princípios norteadores (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 177). Essa nova leitura se fez necessária para que o Direito pudesse se adequar à agenda constitucional como uma nova perspectiva, permitindo um maior avanço de determinadas pautas.

A CRFB/88 possibilitou “uma abertura definitiva para uma proteção dos direitos sexuais e de gênero”, graças à consagração, na esfera jurídica, de “um de princípios fundados na dignidade da pessoa humana”. O sistema jurídico constitucional permite identificar a relutância dos pareceres sociais sobre a homossexualidade e das entidades familiares formadas por eles, e a despeito de esse fato superar tais visões, visto que a família “passou a mostrar suas variedades de arranjos, desvinculando-se das formalidades que traçavam uma maneira singular e estrita de formação de um núcleo familiar”. Então, o sistema jurídico constitucional representou “um relevante instrumento de proteção e promoção da entidade familiar, superando o entendimento da entidade familiar”, que deixa de ser “um núcleo apenas econômico e de reprodução” para ser reconhecido como “um espaço plural, livre e, sobretudo, afetivo” (GALDINO *et al.*, 2019, p. 426).

A análise da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no âmbito da família, deve considerar que a *Lex Magna* reconheceu uma

⁴³⁹ O divórcio foi posteriormente regulamentado em 26 de dezembro de 1977 com a promulgação da Lei n. 6.515 (conhecida como Lei do Divórcio).

⁴⁴⁰ O dispositivo posteriormente recebeu nova redação estabelecendo simplesmente que “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, nos termos da redação dada Pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010. Com essa mudança extinguiu-se o instituto da separação judicial e eliminou qualquer limitação ou exigência para o pedido de divórcio, simplificando o procedimento e evitando a duplicidade de processos (primeiro separação e depois divórcio) para pôr fim ao vínculo matrimonial. Esse tipo de exigência se justificava por uma suposta necessidade de que o casal tivesse “um tempo para pensar” se realmente haveria desejo de encerrar o vínculo conjugal.

⁴⁴¹ O artigo ainda conta com os parágrafos: “§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” e “§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

situação de fato latente no seio social em transformação. Logo, para José Sebastião de Oliveira, não foi a partir da Constituição de 1988 que a família brasileira mudou, mas constitucionalizaram-se valores já disseminados na sociedade, sendo necessário reconhecer que essa aproximação entre normas, fatos e valores se deu tardiamente. A CRFB/88 contempla e abriga uma transformação factual da realidade das famílias (o que estava visível no próprio Direito de Família) já fortemente debatido na doutrina e na jurisprudência brasileira anterior à 1988. É possível compreender que o texto constitucional contemplou “no plano constitucional o que já se tinha desenvolvido no plano sociológico da família” (OLIVEIRA, 2002, p. 91).

Ao reconhecer a união estável⁴⁴², a CRFB/88 legitimou as configurações familiares que não possuíam nenhum tipo de impedimento para viverem juntas⁴⁴³, que poderiam constituir família caso cumprissem o requisito burocrático de formalizar sua situação em um cartório perante um juiz.

Vale destacar que os artigos 226 e 227 da CRFB/88 resultaram na mudança epistemológica do que se passou a entender (claro que sem unanimidade) como configuração familiar. A dignidade da pessoa humana e princípios que orbitam tal premissa explicam a vedação constitucional da distinção de qualquer natureza entre filhos (princípio da igualdade) como visto no Artigo 227, § 6º. O Artigo 226 estabelece o reconhecimento da União Estável (§3ª) e a Monoparentalidade (§4º) como família (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p.173).

A União Estável, que foi “antes conhecida como concubinato puro”⁴⁴⁴, divergia do conceito de família apenas sob o aspecto formal. Tratava-se também de uma união

⁴⁴² Acolhendo o entendimento doutrinário sobre a matéria, o que se converteu (ou se reconheceu) como união estável era chamado pela doutrina e pela jurisprudência de *concubinato puro*. O concubinato chamado à época de *impuro* ou também como *concubinato adúlterino*, indicava as relações extraconjugais e entre aquelas pessoas que possuíam impedimento de contrair matrimônio. O instituto continua a existir, mas agora apenas como “concubinato”.

⁴⁴³ Assim afirma o Código Civil em vigor: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” e esses impedimentos são descritos por esse mesmo Códex como: “Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”. Cabe esclarecer também que pessoas que já estejam na constância de uma união estável não podem constituir uma segunda união estável, mantendo as duas simultaneamente. Nesse caso, a segunda união é tida como concubinato.

⁴⁴⁴ A União Estável diverge do conceito do concubinato por apresentar sempre “a affectio maritalis” (que significa o animus de constituir família), elemento que, segundo alguns autores, o concubinato não possui. Há uma visão que o concubinato (impuro) é marcado por “interesses puramente sexuais” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 185).

duradoura entre pessoas de gêneros distintos e sem impedimentos para contraírem matrimônio⁴⁴⁵. A relação para a configuração da união estável, deve ser, tanto quanto na configuração do casamento, monogâmica (ou seja, um único parceiro ou parceira), não sendo possível haver (com amparo jurídico) casamentos e/ou uniões estáveis simultâneas⁴⁴⁶. Além disso, é preciso que se atendam outras condições para sua configuração: “a publicidade, a convivência contínua e o *animus* de estabelecer família”. É válido mencionar que direitos e deveres garantidos aos (e entre os) conviventes estão, em regra, equiparados aos existentes no casamento, sendo indiscutível afirmar a equivalência dos dois institutos, não existindo “hierarquia jurídica, ainda que claro seja o incentivo do legislador ao casamento” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p.186-187).

Assim, “a união estável é vista como entidade familiar entre duas pessoas, com a intenção de conviverem juntas, contínua, duradoura e publicamente e com a intenção de constituir família. Essa é a concepção adotada pelo Direito brasileiro”, de modo que “diferença entre união estável e casamento é a existência de solenidades, já que ambos se baseiam na intenção de convivência pública, duradoura e contínua baseada no afeto entre as pessoas” (PINHEIRO FARO, PESSANHA, 2014, p. 77-78).

À luz do reconhecimento das dinâmicas sociais e dos valores como a afetividade sendo um elemento de identificação de vínculos familiares, o objetivo constitucional é permitir que todos os membros de uma família (e conseqüentemente todos os arranjos familiares) tenham uma vida/existência digna e segurança jurídica. É possível enxergar a democratização da família considerando-se a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, entre outros, que norteiam o Estado Democrático de Direito e sobre os quais este que foi (e está sendo) construído.

Não há como não relacionar uma nova visão de cidadania (que abarca também o direito de fazer parte de uma família – inegavelmente importante perspectiva da vida) e a participação do Direito nas esferas sociais, com a eliminação das “discriminações inerentes ao modelo patriarcalista de família” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p.178). Quando é suscitada a participação do Direito nas esferas sociais, inclusive para combater a discriminação, observa-se a importância das Cortes (Constitucionais) nesse

⁴⁴⁵ Como já esclarecido alhures esse requisito da diversidade de gêneros não é mais constitucional ou pertence ao conceito amplo de união estável ou casamento.

⁴⁴⁶ Seria o caso, por exemplo, das *uniões poliafetivas* que não possuem amparo jurídico (direto). No item 6.3 se dedica uma maior consideração sobre o instituto e os desafios.

sentido, auxiliando – via, inclusive, função pedagógica das decisões judiciais – a realização da democracia na sociedade via controle de constitucionalidade de leis.

É comum observar paralelos entre o percurso pelo reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas de gêneros distintos e a luta pelo reconhecimento da união homoafetiva, mas é claro que a última testemunha como uma trajetória ainda mais difícil e desigual. Há uma resistência maior, por questões religiosas principalmente, em se reconhecer direitos iguais para casais homossexuais, muitas vezes (no que poderia ser entendido como uma tentativa de tornar o reconhecimento “mais palatável”) propondo menos direito e reconhecimento.

No contexto europeu, por exemplo, María Martín Sánchez observa que não são poucas as alternativas que poderiam se dar ao matrimônio para os diferentes tipos de casais identificáveis, oportunizando-os com mais ou menos efeitos jurídicos⁴⁴⁷, dependendo de sua maior ou menor aceitação social, mas que sejam capazes de oferecer alternativas que reconheçam as distintas opções de vida pessoal e familiar. Assim, ao considerar a questão, é possível encontrar diversas fórmulas idealizadas para reconhecer juridicamente os diferentes tipos de união de casais e de famílias. A autora observa que estas fórmulas têm sido criadas, normalmente, olhando para a situação das pessoas homossexuais que, por tradição, tiveram seu acesso ao matrimônio limitado pelo direito positivado (2016, p. 223).

Outra observação pertinente é que o distinto nível de aceitação e integração da convivência da pessoa homossexual em uma sociedade tem sido determinado pelo tipo de regulação adotada pelo Legislador⁴⁴⁸. As sociedades abertas (de caráter mais tolerante e plural) foram as primeiras e as que melhor tratamento jurídico deram aos casais homossexuais e às famílias homoparentais. Não é possível afirmar a existência de uma atuação homogênea nessas sociedades, visto que (i) algumas opta(ra)m por leis de

⁴⁴⁷ É válido destacar que a despeito da autora ter mencionado a existência de alternativas que reconheçam mais ou menos direitos, destaca-se que não se trata de uma defesa quanto à discriminação entre pessoas homossexuais ou heterossexuais de forma que as primeiras tenham menos direitos. O que se analisa aqui é que, por exemplo, por serem institutos diferentes, casamento e união estável são equiparados e não exatamente iguais (razão pela qual são institutos diferentes). As alternativas consideráveis para reconhecer os direitos dos casais homossexuais ou outros arranjos possíveis não devem permitir que haja discriminação, mas algumas instituições podem sustentar tratamento jurídico diferenciado pelo Direito (mas que não seja uma diferenciação discriminatória, por exemplo, com base na orientação afetivo-sexual).

⁴⁴⁸ Essa afirmação é aplicável tanto em uma perspectiva de dignificação da pessoa humana do homossexual quanto da sua “coisificação” em uma sociedade homofóbica. É o caso, por exemplo, de arcabouços legislativos que criminaliza(ra)m a prática da homossexualidade (ao criminalizar determinadas formas de prática sexual, demonstrações públicas de afeto, entre outros) estabelecendo desde castrações químicas, tratamentos de “correção” (cura gay), até penas de prisão e morte.

“casais de fato”, que podem ser categorizadas como “leis mínimas” (pois produzem escassos efeitos jurídicos); (ii) outras sociedades aprova(ra)m leis de uniões civis, podendo ser categorizadas como “leis máximas”; e (iii) outras sociedades legaliza(ra)m o matrimônio homossexual (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 222).

Ao analisar os avanços com a constitucionalização do Direito de Família, houve o que se poderia chamar de *funcionalização* do conceito de família (com a supressão de valores obsoletos abrindo espaço para valores que elevem a dignidade da pessoa humana de todos os membros que compõem a comunidade familiar). Nesse sentido, Ana Paula Ariston Barion Peres defende que a família deixa de ser valorada “apenas” como uma instituição recebendo um novo valor instrumentalizado, tornando-se um “ambiente propício ao desenvolvimento individual de seus membros, capaz de promover-lhes a dignidade” (PERES, 2006, p. 52).

Também é válido destacar que a família se torna espaço de “realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros”, saindo de uma função *econômico-político-religiosa-procriacional*, indicando uma tendência de adequação do conceito ao fenômeno jurídico-social conhecido como *repersonalização das relações civis*, valorizando “o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais” (LÔBO, 2004, p. 138-139).

Com a constitucionalização do direito de família e a consequente ampliação de um arcabouço normativo (especialmente principiológico), sustentado na igualdade, na dignidade da pessoa humana e na não discriminação, instrumentalizou-se a maturação de uma hermenêutica interpretativa sobre a compreensão da família. A família passa a ser (re)interpretada como uma instituição erguida/legitimada não mais (ou não apenas) pela burocracia estatal (como entidade) ou por um *valor cristianizado* de fins reprodutivos (como sacramento), deixando também de possuir apenas interesses patrimoniais (família como resultado de um contrato ou uma sociedade). Assim, a interpretação da família contemporaneamente norteia-se pelo valor da afetividade como elemento chave de sua configuração.

Essa nova ressignificação permitiu que medidas protetivas de reconhecimento das famílias homoafetivas pudessem ser paulatinamente construídas no Brasil. Como em 2003, quando o Conselho Nacional de Imigração determinou, por meio de resolução administrativa, que a concessão de visto temporário ou permanente ou permanência definitiva a estrangeiros companheiros/as de brasileiros não deveria fazer distinção de sexo. Ou seja, em outras palavras, os casais homossexuais passaram a ser reconhecidos

para efeito de concessão de visto a estrangeiro, contanto que provassem viver em união estável (BARANOSKI, 2016, p. 84). Essa resolução foi um avanço, pois os casais homossexuais passaram a ser reconhecidos para efeitos de concessão de visto bastando provar que possuíam uma união pública e duradoura. Além dessa resolução administrativa, estados como Santa Catarina, Paraná e Distrito Federal já apresentavam precedentes judiciais assegurando permanência de companheiros(as) de cidadãos brasileiros homossexuais (MELLO, 2006, p. 499).

O reconhecimento da união homoafetiva foi sendo estabelecido com interpretações tanto positivas (reconhecimento de direitos) como negativas (restringir direitos ou oferecer limitações de direitos). Uma situação de aplicação de limitações legais reconhecidas a famílias foi estabelecida por interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, que, no Resp Eleitoral 24564⁴⁴⁹, em 2004, declarou que os sujeitos de uma relação homossexual, assim como na união estável heterossexual, no concubinato e no casamento, estariam submetidos à regra de inelegibilidade prevista constitucionalmente. Na decisão do TSE, fixa-se que a união homoafetiva é uma entidade familiar, já que a vedação do artigo 14, § 7º, da CRFB/88 se aplica apenas no âmbito das relações familiares⁴⁵⁰.

Um importante passo infraconstitucional para o conceito de família foi dado com a Lei 11.340/06 (conhecida como *Lei Maria da Penha*), de 07 de agosto de 2006, em que ficou estabelecida como conceituação legal (definição) de família uma perspectiva mais ampla e inclusiva. O artigo 5º, inciso II, determina que família deve ser entendida “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. Como é possível observar, a definição legal é flexível podendo comportar diversos arranjos familiares não tradicionais, como as famílias anaparentais, famílias reconstituídas e eudemonistas, entre outras.

⁴⁴⁹ Para fins de conhecimento segue a ementa: REGISTRO DE CANDIDATO. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (CF, 14, § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE – Resp Eleitoral 24564 – Viseu/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º/10/2004). Para um maior aprofundamento e análise do caso sugere-se a leitura do artigo “O paradoxo da dualidade em Rancière e a ação política das mulheres: Olympe de Gouges na França e Eulina Rabêlo no Brasil” (2018) de Jaqueline Fátima Roman e Ester Maria Dreher Heuser.

⁴⁵⁰ Assim afirma a CRFB/88 em seu Art. 14 “§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

É salutar destacar as contribuições dessa lei, visto que o sistema legislativo, até o ano de 2006, não reconhecia as uniões homoafetivas como entidade familiar, havendo apenas normativas administrativas e decisões judiciais. Com a finalidade de coibir a violência doméstica contra a mulher, a Lei precisou estabelecer novos contornos para a definição de família e, nessa dinâmica, “inseriu as relações homoafetivas consideradas como família através do enunciado contido no parágrafo único”. Com essa mudança pela primeira vez, em termos de legislação brasileira, a família “é reconhecida também pela comunidade formada por indivíduos unidos por afinidade ou vontade expressa, mesmo que não se considerem aparentados, independentemente da orientação sexual que possuam” (BARANOSKI, 2016, p. 96).

Em 2010, o Ministério de Relações Exteriores passou a conceder passaportes diplomáticos ou oficiais para companheiros de servidores que trabalham nas representações do Brasil no exterior. A circular com a mudança nas normas foi encaminhada às embaixadas e aos consulados (representações diplomáticas em 207 países) oferecendo aos companheiros homoafetivos igual tratamento dispensado aos heterossexuais. Essa alteração gerou o reconhecimento da dignidade do relacionamento, na medida em que os companheiros figuravam como acompanhantes na condição de serviçais, não com o status de familiar.

O Ministério da Previdência Social editou, em 09 de dezembro de 2010, a Portaria n. 513 estabelecendo que “no âmbito do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados”, e é importante destacar isso, “de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” demonstrando já um reconhecimento de reconhecimento do Executivo brasileiro dessas uniões.

6.3. Século XXI e reconhecimento dos “novos” arranjos familiares: considerações sobre o âmbito constitucional e as entidades familiares

Sociedades democráticas complexas possuem no Direito o instrumento de contribuição para que consensos sejam produzidos e conflitos possam ser atenuados em diferentes instâncias (tanto públicas quanto privadas), bem como no interior de vários seguimentos da comunidade. Além disso, o Direito também colabora para a sociabilidade moderna por meio de condutas civilizadas (juridicamente orientadas), o que permite a convivência da pluralidade (de opiniões, modos de vida e interesses divergentes) e da conciliação entre diferentes grupos (PRONI; PRONI, 2017, p. 165).

Essa concepção se dá a partir da constatação que o sistema jurídico organizado possui legitimidade diante da opinião pública na medida em que aumenta a “eficácia das ações estratégicas dos indivíduos”. Com isso, consolida-se a “crença de que o Direito reforça o poder de uma comunicação voltada ao entendimento racional e ao respeito das experiências compartilhadas” (PRONI; PRONI, 2017, p. 165).

Como destacado por Gomes (2019b, p. 48), “o Direito de Família se desenvolveu fortemente na era republicana, recebeu influências de períodos históricos anteriores”, além de “diversas influências externas” com as experiências estrangeiras. Dessa forma, o Direito de Família “conseguiu se aprimorar, mesmo que de forma vagarosa, e atualmente se consolida como um direito jovem no processo de garimpo de conceituações e normatizações” sendo possível afirmar que chega “ao ponto de tentar acompanhar a ousada e acelerada dinâmica social e tecnológica do século XXI” (GOMES, 2019b, p. 48).

Aspecto relevante é como o afeto foi elevado a principal vínculo para reconhecimento das configurações modernas de família no Direito Brasileiro, surgindo da “ideia eudemonista, que se resume em uma formação familiar por laços de afetividade” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 172).

Como estabelecido, a discussão sobre o que é família só foi possível a partir de um afastamento da visão dogmática para compreender a variedade dos arranjos familiares o que seria inviável diante de um modelo padrão. As decisões judiciais no caso brasileiro, inauguradas na experiência do estado do Rio Grande do Sul, permitem observar que no modelo dogmático tradicional era “recorrente o argumento da vinculação entre o casamento (ou união civil) e a procriação, adotando-se uma naturalização da família que se harmoniza à doutrina católica” (BARANOSKI, 2016, p. 79). A desvinculação entre união e centralidade da procriação é salutar para permitir novas (re)leituras das configurações de família e como forma de superar tal paradigma a centralidade passa a ser norteadada pelo valor da afetividade.

A propositura de “novos”⁴⁵¹ modelos (ou arranjos) de entidades familiares no texto constitucional altera o conceito de família sacralizado no matrimônio, reconhecendo a união estável e a família monoparental (formada por qualquer dos pais e seus descendentes). A constitucionalização e a democratização do direito de família

⁴⁵¹ Cabe reforçar que uniões afetivas divergentes da concepção tradicional de casamento não são “novas”, mas é válido usar dessa nomenclatura em razão de serem ainda “novas” dentro dos debates e do reconhecimento jurídico, mesmo que já existissem no ambiente social desde tempos imemoriais.

ofereceram para (e fundamentaram na) doutrina e jurisprudência meios de reconhecimento de outros arranjos familiares de forma paulatina “surgidas do vínculo afetivo ao exemplo da homoafetiva entre outras”. Os princípios constitucionais que regem o Direito de Família propõem a formação uma nova visão jurídica sobre o instituto, onde em uma perspectiva eudemonista, a afeição é o principal vínculo de base. É o caso de citar “o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana” decorrente do Artigo 1º, III da CRFB, em uma análise que conjuga os princípios da igualdade e da solidariedade, entre outros, que proporciona uma adequada visão sobre as relações entre os membros de uma família e o “reconhecimento da existência dessas novas entidades familiares” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 174).

A família passa a ser um conceito que se apresenta como de uma instituição necessariamente plural, sem “vínculo palpável e negociável unindo a família”, mas com o vínculo afetivo (como resultado da vontade dos membros da entidade familiar) ocupando o espaço nuclear no “ânimo formador e denominador da família”, implicando a visibilidade de diversos ramos familiares existentes nesse novo ordenamento (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 184).

Nesse sentido, é possível compreender a legitimidade das famílias homoafetivas, posto serem “indivíduos do mesmo gênero que se unem a fim de fomentar conjuntamente suas potencialidades, desenvolvendo mutuamente suas individualidades” e, como todo casal, “seus status financeiros, seus laços afetivos e entre outros” visando a “alcançar a felicidade por meio do viver compartilhado, enfrentando as adversidades da convivência, superando-as” (GALDINO *et al.*, 2019, p. 427). Além da sexualidade dos contraentes, as famílias homoafetivas em nada diferem das famílias tradicionais, já que existe a presunção de sua união por idênticas razões.

À guisa de ilustração, e considerando que se parte do entendimento que existem muitas faces desse instituto ou núcleo base da sociedade, cabe mencionar que hoje são (ou estão sendo) reconhecidos outros modelos ou arranjos familiares⁴⁵². Esse reconhecimento parte da mudança nos paradigmas permitindo “elencar tantos tipos de entidades familiares, e tantas espécies de modelos de família” bem como “a

⁴⁵² Obviamente que se apresenta uma lista apenas exemplificativa, não taxativa e muito menos exaustiva ou definitiva dos formatos de família possíveis. Como exposto na tese, o conceito de família *experiencia* um fenômeno de quebra de paradigma e de preceitos sociais, sendo certo que ainda existem muitos formatos marginalizados e invisibilizados construtos familiares. Também não constam na lista a instituição do casamento e a união estável (heteroafetiva), pois já foram analisados no presente capítulo (6.1). Ressalta-se que a união homoafetiva recebe um capítulo próprio (Capítulo VII) razão pela qual também não é mencionada nesse rol.

diversificação do direito das famílias e a consequente garantia da dignidade da pessoa humana”. Nesse sentido, ao Legislador cabe, “tão-somente, reconhecer a existência de tal vínculo afetivo, para que não condene a manifestação da felicidade de alguém à invisibilidade jurídica” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 189)⁴⁵³.

Existe, como observado, o reconhecimento da “Família Monoparental” reconhecida pelo texto constitucional de 1988 (Artigo 226, § 4º), sendo “a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, havendo para o ascendente (seja pai ou mãe), como titular dessa entidade, o “dever de guarda, sustento e educação dos filhos”. Inicialmente associada ao divórcio (ou seja, à quebra de um vínculo matrimonial), esse modelo sofreu discriminação e uma série de restrições, bem como por estar constituída, em sua maioria, por “mães solteiras ou mulheres divorciadas” implicando em estigma social de vergonha⁴⁵⁴ (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 187).

A família monoparental será constituída por uma pessoa (pai ou mãe) que, sem a presença do outro genitor ou alguém que o substitua, vive com um ou mais filhos, sendo importante destacar que esse arranjo familiar pode se dar por opção (produção independente, adoção na condição de pessoa solteira), em razão de divórcio ou abandono ou morte do outro genitor.

Apointa-se que, no Brasil, há predominância de famílias monoparentais chefiadas por mulheres (também chamadas de famílias monoparentais femininas) onde a dinâmica familiar se caracteriza pela falta de recurso advindo dos pais das crianças “a recorrência à rede de parentesco ou de apoio social (amigos, vizinhos) e a necessidade de obtenção de renda para a subsistência da família e do lar” (SILVA, 2015, p. 129).

Em contrapartida à família monoparental, em que o(s) filho(s) conta(m) apenas com um dos genitores, a Família Multiparental, Composta, Pluriparental, Mosaico, Reconstituída, Recomposta ou de Continuação apresentam uma dinâmica familiar “resultante da pluralidade de relações parentais extraídas do divórcio/separação complementada pelo posterior arranjo familiar”, como famílias nascidas da “reconstituição de outras famílias desfeitas” (VIEGAS, 2017, p. 130).

⁴⁵³ A despeito das considerações dos autores (ainda em 2011) quase uma década depois há profunda resistência do Legislador em reconhecer modelos diversos de família, tendendo muito mais à uma movimentação conservadora de negativa de direitos, como se vislumbra na proposição do “Estatuto da Família” (abordado no item 4.2 da presente tese).

⁴⁵⁴ A herança cultural da religiosidade judaico-cristã é responsável por essa marginalização, por pregar uma valorização da virgindade (donde a chamada “mãe solteira” seria pecadora por ter tido relações sexuais sem o vínculo sacramental do matrimônio) e pela máxima de que “o que Deus uniu o homem não separa”.

O reconhecimento judicial da família mosaico chancela sua realidade e como ocupa um papel relevante na sociedade por delinear a tridimensionalidade das paternidades biológica, jurídica e socioafetiva, a despeito de não ser um arranjo expressamente amparado pelo ordenamento jurídico (VIEGAS, 2017, p. 131).

Sendo um arranjo familiar em crescimento (e reconhecimento), no seio social, é um exemplo de dinâmica em que, sob o olhar da afetividade, família e entidade familiar devem ser amparadas pelo Estado e pelo Direito para garantia não apenas de aspectos patrimoniais, mas como mecanismo de dignificação das relações mútuas.

Se, na Família Mosaico, é verificada uma relação de parentalidade com uma multiplicidade de indivíduos para cuidados mútuos (podendo ser dito que se forma uma comunidade de adultos que conjuntamente exercerão uma relação de parentalidade com seus filhos e filhos dos cônjuges ou companheiros de relacionamentos anteriores) a *Família Parental* ou, como é mais conhecida, *Anaparental* é identificada pela privação da relação paterna/materna.

Se, na Família Monoparental, existe uma relação verticalizada entre os membros (por conta da existência de um genitor ou adotante), a Família Anaparental apresenta uma dinâmica horizontal. Conforme apresentado por Viegas, “seria aquela família sem a presença dos pais, podendo se constituir pela convivência entre pessoas parentes ou não em um mesmo lar”, essas pessoas teriam por “marca” característica a existência de vínculos de “colateralidade (irmão com irmão, por exemplo)”, se reconhecendo sua existência pela composição de vários irmãos, tios e sobrinhos, primos. Há precedentes doutrinários defendendo que a união de duas ou mais pessoas em convivência, sem qualquer interesse sexual, desde que conte com auxílio material e emocional em uma perspectiva de fraternidade pode ser enquadrada como família anaparental (VIEGAS, 2017, p. 127).

Outro arranjo que merece observação é a entidade do *poliamor* ou *pluriamor*. Conforme Viegas a família poliafetiva pode ser compreendida como sendo um vínculo jurídico considerado como conjugal (em um sentido amplo) de natureza não-monogâmica que, “pautado pela honestidade, transparência, solidariedade e afeto” conta com a participação de três ou mais pessoas que se unem para constituir família. É um arranjo familiar que sofre discriminação por um enaltecimento jurídico, social e religioso da monogamia como um princípio obrigatório das relações familiares (VIEGAS, 2017, p. 12).

Ainda que se trate de um formato de união não matrimonial monogâmico presente em muitos países, cabe considerar apenas a realidade nacional nesse pormenor⁴⁵⁵. O primeiro registro de uma união pública se deu na cidade de Tupã, na data de 13 de fevereiro de 2012, união essa formada por três pessoas que já conviviam há três anos. No ano de 2016, no Rio de Janeiro, ocorreu o registro entre um homem e duas mulheres, união essa que inclusive gerou filhos. O Direito Brasileiro, a despeito de tais considerações sofreu um retrocesso institucional no caminho para o reconhecimento das uniões poliafetivas quando, em 2018, o CNJ dispôs a proibição aos cartórios registrarem uniões estáveis de três pessoas ou mais.

O CNJ analisou o tema no pedido de providência 1549-08.2016.2.00.0000 (que teve como relator o Min. João Otávio de Noronha), com 7 votos pela proibição de registros de uniões poliafetivas em escrituras públicas, 5 votos que entendiam pela permissão do registro, mas sem atribuição de efeitos equiparados à união estável e um voto pela improcedência do pedido. O pedido de providências foi proposto pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, tendo como requerido o Terceiro Tabelionato de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente – SP e Tabelião de Notas e de Protestos de Letras e Títulos da Comarca de Tupã (CNJ, 2018). Com a decisão, as uniões poliafetivas continuam sendo tratadas pelo direito como uniões de fato (incorrendo no seu reconhecimento para fins patrimoniais como sociedades de fato e não como entidades familiares).

É salutar o comentário feito por Samuel Sales Fonteles, para quem houve contradição entre a permissão do casamento gay e a proibição de que cartórios lavrassem escrituras públicas de uniões poligâmicas. O autor, em uma visão aparentemente errônea dos fatos e dos fundamentos, afirma que “a ousadia de contrariar minorias não articuladas politicamente é bem mais acentuada” (FONTELES, 2019, p. 194). A decisão do CNJ considera uma questão muito trabalhada pelo autor, em seu livro, sobre os desacordos morais estarem devidamente maturados antes de qualquer reconhecimento jurídico. O CNJ considerou que o tema do poliamor ainda é muito recente e que pode ser um movimento de mudança social quanto ao império da

⁴⁵⁵ Como o propósito da tese é abordar a irrevogabilidade do direito à união homoafetiva (como uma manifestação do direito a constituir família) é válida a análise em direito comparado e a experiência alienígena sobre o tema. Analisar todos os arranjos possíveis de família na perspectiva do direito comparado seria exaustivo e fugiria ao escopo delineado para a presente pesquisa. Assim, optou-se por fazer uma consideração pontual sobre o tema.

monogamia como formatação de união, mas que como se trata de algo debatido apenas a partir da década de 1990 não caberia ao Conselho legitimar algo tão precocemente.

Cabe destacar o reconhecimento das famílias homoafetivas que, a despeito de ser uma realidade social no Brasil (e no Mundo), apenas recentemente tiveram o reconhecimento jurídico (em maior ou menor grau). Algumas tentativas de reconhecimento legislativo ocorreram de forma tímida, ainda sim, com uma proteção limitada e muitas vezes ainda arraigada em preconceitos sociais (como a impossibilidade de equiparação de direitos com os casais heterossexuais ou mesmo a impossibilidade da homoparentalidade).

No ano de 2007, foi proposto no Congresso Nacional, em data de 25/10/2007, pelo deputado Sergio Barradas Carneiro (PT-BA), o Projeto de Lei n. 2.285/2007, que estabelece o Estatuto das Famílias⁴⁵⁶, trazendo previsão expressa do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e prevê, dentre outros direitos, a possibilidade da adoção (BARANOSKI, 2016).

Apresentando-se como um novo paradigma de formação da família, o reconhecimento contemporâneo da união homoafetiva engloba um movimento cultural que se sustenta na força dos direitos humano-fundamentais constitucionalizados buscando o exercício de o indivíduo viver e desenvolver-se conforme sua livre consciência. Nesse sentido, a “liberdade é verificável, a normal constitucional é existente, a repressão é cadente, contudo, o preconceito é sempre constante”, o que reforça a constatação de que a “resistência ao reconhecimento da união homoafetiva, ou sua constitucionalização, advém do forte estigma imposto à figura do homossexual na sociedade”, visão equivocada e vergonhosa que “encontra eco no entendimento de alguns legisladores”. É inegável que inexistente “justificativa mais robusta para tal posicionamento, senão a do antigo preconceito que adoce a sociedade e faz perseguir socialmente os homossexuais” (CARVALHO NETO, 2013, p. 151).

A construção de sentido das normas constitucionais é uma demanda estratégica dos movimentos sociais, de modo que Reva Siegel (2006) menciona o árduo campo da

⁴⁵⁶ Não confundir o Projeto de lei mencionado, que versa sobre o Estatuto das Famílias, com o Projeto de Lei 6.583/2013, do deputado Diego Garcia, conhecido como Estatuto da Família (no singular). A proposta de Sergio Barradas Carneiro, se apresentou como um projeto substancial de reconhecimento da pluralidade familiar, reconhecendo a figura da união estável homoafetiva como família em seu Art. 68, com os dizeres “É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável. Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se: I – guarda e convivência com os filhos; II – a adoção de filhos; III – direito previdenciário; IV – direito à herança.”

chamada *cultura constitucional*, que, para Meyer e Holl, com fundamento em Siegel, pode ser conceituada como “um conjunto de compreensões sobre a prática argumentativa que guia as interações entre cidadãos e autoridades a respeito do significado da Constituição”, envolvendo uma concepção ampla de Democracia (ou seja, não limitada pela regra da maioria) que favorece(ria) “o engajamento e a discussão de cidadãos a respeito de decisões de outras esferas do Estado, para além da legiferante”, atraindo maior atenção dos cidadãos para o fenômeno da judicialização da Constituição como um espaço de “disputas sobre um passado institucional” para forjar um futuro constitucional (2018, p. 214).

Para Meyer e Holl, a cultura constitucional permite aos movimentos sociais uma maior participação na disputa sobre os significados da Constituição por conta da (i) condição do consentimento – por requerer que os participantes apelem para o texto constitucional como um fundamento para suas perspectivas e tentativas de persuasão; e pela (ii) condição do valor público – posto requerer que os atores sociais em disputam “apelem para uma linguagem pré-estabelecida para defender novos postulados a respeito do significado da Constituição”, estabelecendo “que princípios compartilhados já abrigavam a interpretação defendida” (2018, p. 214). O reconhecimento no sistema jurídico, entretanto, se deu, expressamente, por via judicial, primeiramente, nas instâncias iniciais de forma paulatina (com o reconhecimento do direito de casais homossexuais terem seu caso discutido em Varas de Família – não mais sendo tratadas tais uniões como sociedades de fato, para, posteriormente, reconhecê-las como verdadeiras entidades familiares).

Esse contexto interpretativo democrático possibilita que a Corte Constitucional contribua para a reconstrução interpretativa sem que comprometa sua autoridade, visto buscar interpretações mais democráticas dentro dessa cultura constitucional. Nesse sentido, o próximo capítulo apresenta (no Brasil e em uma perspectiva comparada) como os avanços jurídicos e as Cortes Constitucionais no reconhecimento das famílias homoafetivas efetivam uma cultura mais democrática, observando o protagonismo judicial como aliado.

Capítulo VII. OS AVANÇOS JURÍDICOS E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Quando então se encontra com aquele mesmo que é a sua própria metade, tanto o amante do jovem como qualquer outro, então extraordinárias são as emoções que sentem, de amizade, intimidade e amor, a ponto de não quererem por assim dizer separar-se um do outro nem por um pequeno momento. (...) Se diante deles (...) lhes perguntasse: Que é que quereis, ó homens, ter um do outro?, e se, diante do seu embaraço, de novo lhes perguntasse: Porventura é isso que desejais, ficardes no mesmo lugar o mais possível um para o outro, de modo que nem de noite nem de dia vos separeis um do outro? Pois se é isso que desejais, quero fundir-vos e forjar-vos numa mesma pessoa, de modo que de dois vos tomeis um só e, enquanto viverdes, como uma só pessoa, possais viver ambos em comum (...) mas vede se é isso o vosso amor, e se vos contentais se conseguirdes isso.

Platão, em *O Banquete*.

O reconhecimento das uniões homoafetivas e do casamento entre pessoas do mesmo sexo (como uma espécie daquele gênero) está envolto em polêmicas promovidas por setores conservadores. Sob esse aspecto, Maria Regina Castanho França, ainda em 2009 e, portanto, antes do entendimento a respeito da união estável homoafetiva pela Corte Constitucional brasileira, ao discorrer sobre o tema afirma que se tratava de uma provável admissão e que traria “inúmeras implicações psicológicas, sociais e culturais, tanto do ponto de vista individual quanto no grupo familiar”. A primeira implicação, segundo França, seria retirar das sombras as famílias que se mantinham escondidas e, por causa do preconceito, buscavam “ser invisíveis para a sociedade, o grupo cultural e profissional a que pertencem e a própria família, para não sofrerem os efeitos danosos do preconceito” (FRANÇA, 2009, p. 27).

Desde a CRFB/88, era possível afirmar uma transformação no entendimento jurisprudencial brasileiro que, assim como a jurisprudência estrangeira, percebia nas uniões homossexuais mais do que apenas serem pares do mesmo sexo, compreendendo nelas a existência do afeto, na mútua assistência e na solidariedade entre os conviventes (GIRARDI, 2005, p. 50).

A ausência de reconhecimento da união homoafetiva acarretava uma série de danos, como não ser possível designar o companheiro como herdeiro ou beneficiário legal, constar como dependente nos benefícios previdenciários ou seguro saúde (FRANÇA, 2009, p. 28). Além disso, a falta desse reconhecimento implicava, por consequência, a negação de uma série de direitos fundamentais que se encontram inalcançáveis para os casais homoafetivos.

As relações entre pessoas do mesmo sexo “conservam aspectos estáveis e regulares pertinentes às atuais condições de fato da família, constituindo, assim, um tipo de conduta em consonância com tal instituição”, formando-se em consequência do afeto e na busca pela realização de seus componentes. É inafastável que todas as exigências axiológicas inerentes à família estão atendidas ao se observar uma família homoafetiva. Considerando as atuais exigências e necessidades da vida em comum, resta evidente que a união homoafetiva se configura como “relação social apta a uma normatização (específica ou pela interligação de normas)”, figurando como um dos formatos possíveis de entidade familiar, tal como consagrados pelo ordenamento jurídico (CARVALHO NETO, 2013, p. 154-155). Nesse sentido, para alcançar a Justiça Social, o ordenamento jurídico deve ser orientado “como uma soma de recursos sociais e precondições culturais” no sentido de “permitir ao sujeito individual articular, sem coerções, seu autêntico si mesmo ao longo da sua vida” (HONNETH, 2015, 75-76). Ou seja, com pleno gozo de seus direitos fundamentais⁴⁵⁷.

Assim, a partir da CRFB/88, esse reconhecimento se faz como superação de paradigmas sociais, não raro, via judicialização de demandas, o que invariavelmente traz à baila a participação das cortes constitucionais⁴⁵⁸ nessas arenas de discussão. Conforme Baranoski (2016), diante da omissão do Legislador sobre os direitos dos homossexuais o Judiciário é chamado para (e deve) exercer uma função criadora do Direito. Cabe ao Judiciário dizer o direito tanto nessa como em outras situações de exclusão, como o fez em diversos outros momentos na história nacional.

A jurisdição constitucional olhou para a filiação fora do casamento e outras uniões que não estavam institucionalizadas pelo matrimônio, mas que receberam abrigo e tutela normativa posteriormente. Desse modo, “as uniões homoafetivas se apresentam e exigem seus direitos” (BARANOSKI, 2016, p. 82).

⁴⁵⁷ Sobre o conteúdo jurídico da expressão “direitos fundamentais”, Vladimir Brega Filho constrói, na esteira de José Afonso da Silva (1996), que a expressão designa prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza na garantia de uma convivência digna, livre e igual das pessoas. O autor acrescenta, seguindo as lições de Paulo Bonavides (1999) que os direitos fundamentais são “pressupostos elementares de uma vida livre e digna”. Para Brega Filho “os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna” e que em razão disso “são compostos de uma série de direitos os quais foram sendo construídos paulatinamente”. Assim, como parte do conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, incluem-se todos os direitos considerados necessários para o gozo e “garantia de uma vida humana digna, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade” (BREGA FILHO, 2002, p. 67).

⁴⁵⁸ O presente capítulo analisará a atuação das cortes constitucionais sem aprofundamentos maiores sobre o conceito dessas cortes e o seu papel na construção do direito. Isso se fará de forma adequada na Parte III da presente tese.

Essa contestação do funcionamento dos governos a partir de uma perspectiva de sociedades democráticas cada vez mais plurais recebe influências de uma dimensão internacional do debate. Trata-se de um aspecto complexo, o que impõe reconhecer que uma visão unilateral ou bilateral se mostra insuficiente para compreender o jogo democrático na contemporaneidade⁴⁵⁹. Por essa razão, uma abordagem multilateralista se apresenta como resposta salutar, ainda que contradiga *o caráter dos Estados nacionais e sua soberania*. É uma questão que envolve direitos humanos, frutos de um debate multilateral (em sua concepção e posituação), ao tempo em que são dependentes dos Estados-membros, tenham sido estes signatários ou não das convenções originadoras dos compromissos internacionais, que seriam imunes às intervenções multilaterais (GOMES; LIRA, 2013, p. 161)⁴⁶⁰.

A resposta do Judiciário e das Cortes Constitucionais na América Latina não é unívoca na tutela dos direitos dos casais homossexuais, possuindo renitências conservadoras e patriarcais que ainda exercem influência sobre o raciocínio judicial. Nesses cenários, ao incorporar essa visão conservadora, os juízes reforçam e legitimam nas decisões e votos as noções tradicionais sobre sexualidade (sexo, masculinidade e concepção de família) que são paradigmas a serem desconstruídos⁴⁶¹ para alcance das demandas da população LGBTQ+.

Essa pluralidade de tratamentos sobre os direitos LGBTQ+ faz com que o estudo da jurisprudência na América Latina seja relevante para também refutar uma visão difundida de que a jurisdição constitucional sempre atuaria de forma contramajoritária na defesa dos direitos fundamentais das minorias estigmatizadas. Na prática, é possível

⁴⁵⁹ O fenômeno da globalização impacta na configuração do debate democrático, o que reforça a necessidade de construção de análises maiores que apenas a realidade nacional ou latino-americana.

⁴⁶⁰ Os autores, com razão, se referem à essa aparente contradição como um *nó górdio*. A questão apresenta um paradoxo: se constrói coletivamente um rol de direitos na comunidade internacional, mas a implementação e efetivação se dá apenas nas dimensões individuais (e internas) dos Estados-membros. Os autores Gomes e Lira comentam que os Estados-membros estariam imunes à intervenção externa multilateral, opinião essa não compartilhada na presente tese. Entende-se que o Direito Internacional (especialmente na sua ramificação do Direito dos tratados) estabelece direitos e obrigações, incluindo sanções externas, não apenas de outros Estados-membros, mas também por parte de entidades internacionais criadas para esses fins (de tutela de temas internacionalmente relevantes), logo passíveis de intervenção multilateral e internacional. Essa complexidade das abordagens multilaterais (diálogo entre Estado e Comunidade Internacional) é potencialmente dificultada quando o contexto interno ainda carece de uma maturidade democrática que aperfeiçoe o diálogo. O Brasil parece ser um exemplo dessa realidade difícil.

⁴⁶¹ Que fique sempre claro que desconstruir paradigmas tradicionais não representa destruir tradições, bem como ampliar e reconhecer direitos das uniões homossexuais não implica diminuir direitos das uniões heteroafetivas. Ao desconstruir os paradigmas apenas se garante que os modelos tradicionais não sejam os únicos modelos possíveis, legítimos e protegidos por lei. No ambiente democrático é essa convivência harmônica – ainda que nas dinâmicas do dissenso – o *modus operandi* de viabilização e autoaprendizado da própria Democracia pela crise e pela superação da crise.

identificar situações em que o judiciário “tem dificuldades em lidar com demandas que se opõe à moralidade tradicional” (CARDINALI, 2017b, p. 29)⁴⁶².

Considerando a natureza e o objeto de enfoque da presente tese, as análises e considerações apresentam um foco eminentemente direcionado à união homoafetiva. Desse modo, não há uma preocupação em traçar históricos ou análises quanto à adoção por casais homossexuais ou outros arranjos familiares (como os modelos poliamoristas), por exemplo.

Ainda que se possa questionar a legitimidade dos avanços em matéria de direitos fundamentais, por meio da judicialização da política em detrimento de uma discussão legislativa sobre o assunto, há que se reconhecer que esperar por um amadurecimento social a longo prazo parece legítimo para quem se encontra no grupo majoritário (e que, portanto, não depende desse avanço para gozar de seus direitos) enquanto representa um custo imensurável para aqueles que pertencem aos grupos minoritários e vulneráveis (e que, portanto, se encontram limitados no gozo de direitos por uma postura conservadora e/ou reacionária do Legislativo).

Como eternizado por William Shakespeare, *todo mundo é capaz de suportar uma dor, com exceção de quem a sente*⁴⁶³. Da mesma forma, *parece* legítimo e justo esperar que a sociedade amadureça ao ponto de que os mecanismos tradicionais da Democracia (leia-se sistema eleitoral para escolhas de representantes no Executivo e Legislativo) se realizem por uma elevação da condição moral e comunitária da sociedade.

Luis Roberto Barroso questiona a lógica tradicional do papel do Poder Judiciário e do Legislativo, sendo esse último considerado o único capaz de “consagrar direitos e conquistas”, no artigo *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria* (2015, p. 23-50). O artigo inicia a reflexão questionando se seria justo esperar que minorias aguardassem a *hora certa* (o que poderia levar gerações) para que pudessem realizar a sua condição de vida digna. Nesse sentido, o autor é categórico ao considerar que, mesmo contrariando uma visão do conhecimento convencional, se faz razoável compreender que, diante de determinados cenários marcados por uma paralização do processo político majoritário (por razões diversas), *cabe ao Supremo*

⁴⁶² Essa ressalva quanto à ausência de unidade da jurisprudência constitucional na América Latina, e isso poderia se estender comparativamente com o restante do Ocidente, não invalida uma proposta de análise de uma teoria comum aplicável em prol da proteção dos direitos humanos e garantias já conquistadas por grupos minoritários. Nem, tampouco, invalida uma teorização sobre o retrocesso de direitos validados pela hermenêutica constitucional à luz das novas leituras democráticas contemporâneas.

⁴⁶³ Na peça *Muito Barulho por Nada*, Ato III, Cena II.

Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos (BARROSO, 2015, p. 25).

Tavares (2005) se apoia em perspectivas *kelsenianas* e *habermaseanas* para identificar na jurisdição um aspecto importante da concepção de Democracia por possibilitar a sobrevivência e proteção de grupos minoritários, além de identificar que o sistema democrático busca se pautar por um ideal de consenso e não por uma verdade legitimadora (por entender que a verdade pode ser forjada pelo consenso da maioria). Além disso, contando com a contribuição de Kelsen (1928), Tavares considera que o recurso ao Tribunal Constitucional se presta como instrumento eficaz para as minorias para impedir que majorias violem de forma inconstitucional interesses jurídicos tutelados, servindo esse recurso como meio de oposição à ditadura da maioria (TAVARES, 2005, p. 507-508).

Nesse sentido, a Hermenêutica Constitucional se faz necessária por representar uma interpretação diferenciada, mas que acolha as considerações axiológicas, e valores vazados do direito positivo (muitos desses valores constituindo a matéria prima do sociologismo jurídico ou do concretismo), o que demonstra que tratar a CRFB/88 como lei unicamente é ignorar o conteúdo material da Constituição.

Logo, a interpretação (hermenêutica) constitucional tem como principal característica a concretização da CRFB/88, dada a existência de cláusulas abstratas e genéricas de princípios. Esse exercício hermenêutico, por certo, não se limita a ser especificamente constitucional, não diferindo da interpretação de outras normas (ainda que tenha nuances específicas), visto que, “o intérprete deve utilizar todos os métodos que imaginar”, o que inclui “desde os métodos clássicos, até os modernos métodos de interpretação constitucional, tudo visando a extrair da norma a melhor interpretação” (BREGA FILHO, 2002, p. 42-45).

Saulo de Oliveira Pinto Coelho (2010), na esteira de Salgado (2006), defende que a realização do Direito é possível “quando a medida de justiça alcançada no plano de sua dicção abstrata encontra fruição correspondente nas situações concretas”, uma vez que a racionalidade da lei (que deve ser atualizada conforme parâmetros culturais moldados segundo valores reconhecidos socialmente) se atualiza na vida concreta do sujeito.

Há situações em que o Direito é distorcido (situação patológica), mas a preocupação envolve a sua racionalidade, já que o Direito é uma totalidade ética desenvolvida histórica e fenomenologicamente como instância máxima do processo

ético e realização da liberdade (em sua forma subjetivada e objetivada) como direito norma e direito sujeito. A racionalidade (processual) jurídica envolve a consciência da juridicidade dos valores mais altos da cultura ocidental que ocorre com a declaração desses valores como direitos e valores passíveis de efetivação. O Direito é ético e se desenvolve totalmente no processo histórico (para ser concreto) em momentos do ético *stricto sensu* ou moral, também materializando-se como instrumento ou mediação (aspecto do ético político), como verdade (racional) desse processo ético (aspecto do ético jurídico), de modo ser possível compreender que o Direito é o resultado do processo ético (PINTO COELHO, 2010, p. 100).

Nesse aspecto, para Saulo de Oliveira Pinto Coelho (2010), se impõe ao Direito uma procedimentalidade que supere a lógica dedutivista da subsunção normativa silogística, posto exigir um juízo de adequabilidade dialética da norma (abstrata) ao conflito (concreto), bem como do conflito à norma. Essa adequabilidade deve permitir o alcance do papel finalístico que cabe ao sistema jurídico: “ordenar de modo pacífico e justo a vida em sociedade”. Um conceito válido para o Direito deve considerar a expressão de complexidade dessa criação cultural produto da vida intersubjetiva, que não pode ser tratado apenas no plano das normas abstratas, ou no plano científico, como técnica ou simplesmente um plano ideal de justiça⁴⁶⁴. Logo, “a conceituação do fenômeno jurídico deve buscar tratar o Direito no plano da totalidade de sua complexa realidade histórico-cultural” (PINTO COELHO, 2010, p. 100).

Como destacado por Shmuel N. Eisenstadt, a lógica das modernidades múltiplas revela que os programas políticos estiveram sempre fortemente relacionados com os diferentes modos de legitimação dos regimes, como a legitimação legal da adesão civil ao jogo político. Desenvolveram-se contradições paralelas relativas à construção de identidades coletivas, que resultaram em novas formas de ativismo⁴⁶⁵, entre esses os

⁴⁶⁴ Aqui a consideração destaca a importância de não se limitar o Direito à norma ou à lei, como se essa criação cultural pudesse ser tratada apenas no plano das normas abstratas. Seria igualmente equivocado pensar o Direito apenas como ciência, o que implicaria reduzir sua compreensão ao conhecimento sistemático dos institutos e normas jurídicos. O autor destaca, na sua análise também a visão limitada do direito como simplesmente uma técnica, que seria reduzir o direito à uma prática de aplicação de normas, bem como preocupa-se em evitar que se limite o direito à uma visão (possivelmente utópica) de dar a cada um o que lhe é devido, sendo essa uma redução do Direito à um plano de ideal de Justiça (PINTO COELHO, 2010). É preciso ponderar, a partir disso, que a união homoafetiva se apresenta como um desafio para as concepções clássicas da atividade jurídica que se voltam estritamente para a previsão normativa emanada do Parlamento. Não que esse reconhecimento não esteja repleto de fundamentos jurídicos oriundos dos canais formais e procedimentais, pois está, mas a crítica se estabelece quanto a particularidade do caso que implica um tratamento jurídico muito específico.

⁴⁶⁵ Destaca o autor sobre os *movimentos nacionais* (como o movimento liberal, socialista, fascista etc.), mas é possível conferir também uma interpretação ampla a esses movimentos.

movimentos sociais, os de protesto, todos com importância na busca pela reconstrução da ação política. As novas visões políticas, sociais e civilizacionais, as novas identidades coletivas se organizaram e se proclamaram em uma variedade de movimentos sociais que desafiavam as premissas tradicionais do pensamento político e cultural. Com isso, essas organizações reivindicaram uma política cultural (ou de identidade), reconhecendo o multiculturalismo e orientados para a construção de novos espaços políticos, sociais e culturais (EISENSTADT, 2001, p. 152).

É possível identificar o tema como algo *sui generis* ao se abordar uma perspectiva comparada. O reconhecimento das uniões homoafetivas numa perspectiva supranacional justifica uma análise comparada “por trazer à baila avanços que têm sido perpetrados pelo mundo afora, a fim de arejar a discussão no Brasil”, o que permite “oferecer subsídios para que o país possa dar melhores soluções à problemática dos direitos oriundos da união homoafetiva” (VARGAS, 2014, p. 117). Para Vargas, existe uma afinidade “tão evidente” do Direito de Família no Ocidente que seria possível pensar na unificação desse ramo nos países capitalistas ocidentais industrializados, visto existir, graças aos avanços no reconhecimento dos direitos da pessoa homossexual no plano internacional, valiosos parâmetros de implementação de proteções para outros países como o Brasil (VARGAS, 2014, p. 118).

É válido destacar que o Direito Constitucional Comparado tem uma função importante de compreender os diferentes e similares (i) processos de elaboração e reforma constitucional, como se exercitam o Poder Constituinte Originário e o Reformador se manifesta; (ii) (re)leituras críticas sobre as teorias tradicionais de separação de poderes e as novas funções dos órgãos e poderes estatais diante dos desafios contemporâneos; (iii) a previsão dos direitos humanos e direitos fundamentais (pensando a relação entre direito internacional e nacional) nos textos constitucionais e textos “quase-constitucionais” e alcance da máxima efetividade desses direitos; e (iv) o exercício do controle judicial de constitucionalidade e convencionalidade, a função do Judiciário como um mediador e ator nas relações entre os órgãos políticos e as sociedades civis, e na concretização das normas constitucionais especialmente preocupadas no exercício contramajoritário em prol da dignidade de minorias e grupos vulneráveis.

Como estabelecido por Luiz Geraldo do Carmo Gomes, considerando a incapacidade do Direito (legislado) em acompanhar as multialterações comportamentais e tecnológicas de uma sociedade globalizada e a própria evolução social, “os princípios

constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro servem de sustentáculo” para um legítimo ativismo judicial no sentido de “reconhecer entidades familiares” em direitos “que forma negados no passado e agora aplicados, promovendo a justiça social e a dignidade humana” (2019, p. 51).

O reconhecimento da união homoafetiva se insere dentro das discussões nacionais sobre os direitos relativos à orientação afetivo-sexual e identidade de gênero, sendo identificável a ocorrência do litígio estratégico (*strategic litigation*) perante o STF. O litígio estratégico insta o Tribunal Constitucional a se manifestar em demandas de interesses de grupos minoritários e vulneráveis⁴⁶⁶, que podem ser demandando tanto por intermédio de coletivos (movimentos sociais organizados)⁴⁶⁷ quanto por litígios individuais com temáticas amplas que se desdobrem como “estratégia de reivindicação política e transformação social da realidade para além do caso concreto”. Esses litígios individuais com reflexos estratégicos funcionam como motivação para “novas demandas ou novos julgamentos no mesmo sentido” (para fortalecer o entendimento e consolidar a construção jurídica). Como forma de “revitalizar e manter a discussão na sociedade”, o litígio estratégico no Brasil coloca o STF (e o Judiciário de um modo geral)⁴⁶⁸ como “catalisador do debate político, viabilizando o diálogo entre as instituições e a sociedade” (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 197-198)⁴⁶⁹.

Ainda que não seja efetivamente possível pensar na unificação do Direito de Família no Ocidente, é válida a reflexão por indicar a existência de uma lógica jurídica

⁴⁶⁶ Essas demandas estratégicas podem ser exemplificadas nos casos do Mandado de Injunção 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 (que reivindicavam a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas), (ii) ADPF 132 e ADI 4277 (que postularam o reconhecimento da união homoafetiva); e (iii) REExt 845.779 (versando sobre o tratamento social dispensado às pessoas transexuais e o acesso ao banheiro).

⁴⁶⁷ Vale destacar que quando se trata de direitos de minorias e grupos vulneráveis a adoção de litígio estratégico funciona como uma ferramenta para os atores e movimentos sócias que, de forma articulada e organizada, busca na judicialização conferir um sentido atualizado para a Constituição “em prol do reconhecimento ou reafirmação de seus direitos; buscando-se a transformação social ou a respectiva consolidação para além do caso concreto” (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 197).

⁴⁶⁸ Essa leitura das Cortes Constitucionais como catalisadores do debate político não se restringe só à realidade brasileira. É possível perceber essa questão como um sintoma contemporâneo de uma nova formatação da Democracia, pois é visível sua ocorrência em diversos sistemas jurídicos (de tradições diferentes) e que compartilham uma discussão geral comum.

⁴⁶⁹ Uma das perspectivas que ressaltam a importância da discussão dos direitos LGBTQ+ é a seara da análise de Direito Comparado. Daniel Carvalho Cardinali destaca, com respaldo nas lições de Hunter (2009), que a judicialização de demandas do movimento LGBTQ+ não é uma situação isolada do Brasil, mas um verdadeiro “processo global que vem ocorrendo simultaneamente em um grande número de países” e que “se tornaram uma preocupação central do direito constitucional mais recente”, observando-se que em função da globalização “cortes em diversos países são chamadas a decidir sobre questões semelhantes quase que ao mesmo tempo”. Assim considerado, Cardinali destaca uma espécie de efeito em cadeia, visto que as decisões de uma dada jurisdição acabam produzindo efeito em outros países, “seja reforçando a luta política local, seja servindo de recurso argumentativo na fundamentação das decisões judiciais” (CARDINALI, 2017a, p. 27).

compartilhada por esses países e que pode, em situações de ameaça de retrocesso ou negação de direito, consolidar um bloco de proteção daqueles já conquistados pelos casais homossexuais impedindo que haja retrocesso a partir da centralidade dos direitos fundamentais nas democracias ocidentais⁴⁷⁰.

7.1. Exclusão e acesso à justiça dos grupos minoritários: jurisdição constitucional como realização democrática

Refletindo sobre a diversidade de alternativas que poderiam se dar ao matrimônio, especialmente em razão do reconhecimento da diversidade de arranjos familiares, María Martín Sánchez observa que poderia se pensar que, existindo tal diversidade de opções (de alternativas de admissão), a abertura legal do conceito de matrimônio restaria, no mínimo, desnecessária, especialmente pelo matrimônio ser, como o é no sistema europeu de direitos, mais do que uma instituição, um direito constitucional (SÁNCHEZ, 2016, p. 224). A realidade, entretanto, é menos animadora, configurando-se o reconhecimento das famílias homoafetivas e homoparentais o resultado de luta em diversas arenas oficiais e oficiosas e que ainda se encontram em constante ameaça.

A arquitetura da política clássica (especialmente em razão das heranças inglesa e francesa com as revoluções), que coloca o Parlamento em uma postura de supremacia e chancela os Poderes instituídos com o sistema eleitoral de representação (direta e indireta), limitou leituras mais progressistas da construção do Direito (perspectiva reducionista) e da participação popular (alimentando uma apatia popular pela representação política). Isso não só alijou um amadurecimento maior da participação democrática, gerando a apatia política, como também silenciou minorias que se viam incapazes de influenciar o processo⁴⁷¹. A lei, supostamente, era fruto da vontade popular

⁴⁷⁰ Nesse sentido, é possível pensar em uma concepção teórica que seja aplicável no direito ocidental encontrando nos sistemas jurídicos nacionais e supranacionais (como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) subsídios para sustentar e legitimar a vedação ao retrocesso de direitos fundamentais (como o direito aos homossexuais de constituírem família) impedindo que esses direitos sejam cassados, negados, anulados ou proibidos mesmo em cenários de crise ou por vontade estatal (o que consolidaria a limitação de legislar regressivamente sobre o tema em sede dos Parlamentos ou a revisão do controle reacionário de constitucionalidade da matéria nas Cortes com a “renovação” de seus membros). Um desenvolvimento teórico nesse sentido não seria invalidado por haver pluralidade de tratamentos jurídicos dados pelas cortes (como se dá na América Latina), mas enriquecido pelo oferecimento de diferentes potencialidades discursivas e reflexivas, permitindo aprimorar visões que não apenas avancem em direitos humanos e direitos fundamentais, mas também viabilizem uma postura de autocontenção que limite a atuação das Cortes, dentro de uma lógica dialeticamente construída.

⁴⁷¹ É pontual a observação de Luis Felipe Miguel quando afirma que esta apatia “seria efeito apenas da ausência de oportunidades e do desestímulo estrutural, isto é, do fato de que o sistema político ensina às

assim construída pelos representantes democraticamente eleitos, contra a lei injusta apenas outra lei nova, lei nova esta que deveria ser elaborada pela mesma classe política cuja permeabilidade para inclusão de minorias sempre foi dificultosa⁴⁷².

Essa realidade demonstra que a política majoritária tradicional é resistente às demandas de movimentos que exigem mudanças, como é o caso do movimento LGBTQ+. Os parlamentos configuram-se “como espaços inescrutáveis para o avanço desta agenda” progressista em prol de direitos de minorias. Como reflexo, o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional despontam como lócus possível para que essa desigualdade estrutural possa ser enfrentada em razão das concepções tradicionalmente estabelecidas de sua capacidade e função contramajoritárias⁴⁷³, valendo a observação de que não se pode legitimar a jurisdição constitucional apenas por suas decisões, mas por sua legitimidade democrática originária⁴⁷⁴. Trata-se, como analisado, de uma realidade muito mais complexa, visto que o resultado da judicialização de demandas pelos movimentos LGBTQ+ podem apresentar variados graus de sucesso diante da jurisdição constitucional, bem como a forma como essas cortes recebem as demandas e decidem sobre elas irá modular *como e se* os movimentos locais irão traçar suas estratégias reivindicatórias na via judicial para que sua agenda seja considerada (CARDINALI, 2017b, p. 63).

A discussão dessa questão implica o reconhecimento que os princípios constitucionais norteiam (hoje) os principais fundamentos daqueles que buscam o reconhecimento das relações familiares homoafetivas, em face do “direito à dignidade, à liberdade ou à igualdade” sendo esses “preceitos que inauguram no ordenamento jurídico, [a favor de] algumas entidades familiares esquecidas pela legislação”. Desse modo, a jurisprudência alberga e promove (apesar de toda resistência) que “não há

peças que, em geral, suas tentativas de influenciá-lo são infrutíferas, fazendo com que elas parem de tentar” (2017, p. 90).

⁴⁷² Ainda que a lógica democrática eleitoral preveja que qualquer pessoa virtualmente é elegível, com a presunção de que qualquer um pode votar e ser votado, o fato é que fatores externos e muitas vezes não apreensíveis pelo indivíduo determinam o processo eleitoral. Apoio político de membros da classe já consolidados é um fator, apoio financeiro-econômico outro, bem como uma série de filtros e obstáculos para que pessoas oriundas de grupos minoritários tenham chances reais de concorrer o processo eleitoral e, uma vez dentro da classe política, consiga fazer a diferença em um quadro desfavorável de manutenção do *status quo* e dos privilégios.

⁴⁷³ Ao contrário da corrida eleitoral, o processo judicial é, sob muitos aspectos, verdadeiramente democrático e acessível. O acesso à justiça é, no mais das vezes, igual para maiorias e minorias. Uma pessoa homossexual tem o direito de ação tanto quanto uma pessoa heterossexual, ambas têm o direito de provocar o judiciário para se manifestar em um caso concreto e diante de uma situação tal que o Judiciário não pode afastar-se e, como o faz o Legislativo, ser omissivo. Diante do devido processo legal o Judiciário tem que se manifestar, seja com decisões acertadas ou não.

⁴⁷⁴ Aspecto esse que se encontra considerado na Parte III da presente tese.

como negar direitos a quem faz jus à sua aplicação”, como é o caso dos direitos dos homossexuais em constituir livremente suas famílias (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p.187).

Com a ampliação do reconhecimento dos direitos humanos no cenário internacional percebeu-se que o direito internacional e o direito doméstico interagem e confluem como ordens jurídicas que possuem temáticas comuns. Isso também é reforçado pelo compromisso assumido por um Estado com o pacto por ele celebrado, devendo zelar por sua observância e pelo respeito ao posicionamento dos órgãos internacionais sobre esses temas. No caso brasileiro, a tutela e promoção dos direitos de minorias, incluindo o das minorias sexuais, se maximizam com a ampliação do princípio da legalidade por vincular a atuação do Estado (seja do Estado Legislador, mas também do Estado-Juiz, em particular) aos direitos englobados nos documentos ratificados. Esses instrumentos “funcionam como um suporte normativo a partir do qual se visa a assegurar uma adequada proteção e fazer com que as minorias tenham reconhecidos seus direitos”. Assim considerando que, se tais direitos estão protegidos internacionalmente, não podem os Estados “reduzir a eficácia dessas normas de forma não razoável ou objetiva”. Com isso, grupos minoritários, quando observam que seu próprio sistema jurídico é inacessível para a discussão de suas demandas, muitas vezes adotam os meios internacionais (como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) como meios preferíveis em relação aos tribunais constitucionais que são vistos por essas minorias “como desprovidos de imparcialidade para assegurar seus direitos” (LOPES; SANTOS JUNIOR, 2017, p. 194-195)⁴⁷⁵.

Como destacado por Baranoski, o Estado Brasileiro “deve garantir e efetivar os direitos fundamentais de seus cidadãos, independentemente da orientação afetivo-sexual que possam ter, sob pena de não ser considerado um Estado Democrático de Direito” e ainda que a Democracia “impõe aos seus cidadãos o direito à liberdade de expressão, viver com dignidade, tratamento igualitário em deveres e direitos – e isso diz respeito, também, à liberdade de expressão da orientação sexual” (2016, p. 71).

Assim, é válido observar que a busca pelo Judiciário como estratégia para exigir direitos materiais é pertinente em cenários de tolhimento, negação, negligência e limitação por parte do Executivo e do Legislativo, que retroalimentam a discriminação

⁴⁷⁵ A análise promovida pelos autores citados, a despeito de versarem sobre grupos minoritários, é silente sobre as minorias sexuais, não mencionando as populações homossexuais ou questão de gênero (apenas pontuando a questão dos direitos das mulheres enquanto minoria de gênero). Entretanto, a fundamentação apresentada se mostra adequada para refletir as dinâmicas de minorias vs maiorias e a apreciação da teoria jurídica. Por essa razão, o trabalho serviu de subsídio para as análises aqui descritas.

social e estrutural. Cabe ao movimento LGBTQ+ demandar no Judiciário para tonar “a vida material menos inumana” (postura que também serve para outras minorias). Trata-se, portanto, de uma estratégia política legítima⁴⁷⁶ por possibilitar a desestabilização de poderes fortificados, por constituir um conjunto de “táticas e ações pontuais com os mais diversos agentes sociais e políticos” e por isso mesmo são estratégias toleradas por serem instrumentos de luta por interesses de classe (CASTANHO, 2013, p. 65-66).

A judicialização de pautas políticas pelos grupos LGBTQ+, e aqui a atenção é especialmente quanto ao direito de constituir uma família livremente, envolve apresentar elementos técnicos e jurídicos que sustentem as demandas apresentadas. As estratégias de superação de paradigmas nas arenas judiciais não podem prescindir da demonstração de fundamentalidade normativa prévia (ainda que não claramente expressa) que pode ser assimilada pelas reflexões doutrinárias e científicas, instrumentalizando o *decisum* adequado.

Em razão disso, é preciso traçar uma estratégia argumentativa que oportunize aos julgadores a tomada de consciência que suas decisões podem ser informadas por uma moral sexual cristã preexistente, por isso mesmo a análise dos temas deve se dar por uma reflexão mais aprofundada da sua legitimidade. A conscientização da existência de um condicionamento religioso (ainda que implícito) é importante para que o magistrado enfrente as demandas em matéria de direitos sexuais (LOREA, 2008, p. 150) o que lhe permite não excluir uma minoria marginalizada, mas pensar racionalmente a partir e pelo Direito⁴⁷⁷.

Diante deste quadro, é possível afirmar que o Judiciário pode ser um aliado e um caminho importante na garantia de direitos LGBTQ+ e na reversão do quadro dramático de desigualdade estrutural apresentado, mas que sua capacidade para tanto é limitada e sua disposição para fazê-lo não é garantida. A transformação de uma realidade social de heteronormatividade profunda requer diversas iniciativas e estratégias políticas, dentre as quais a judicialização é apenas mais uma. A atuação contramajoritária da jurisdição constitucional, nos termos apresentados, pressupõe certo nível de debate social sobre o tema dos direitos LGBTQ+ e de mobilização social deste movimento. Deve-se evitar,

⁴⁷⁶ Cabe ressaltar que essa é uma concepção marxista de analisar o processo de judicialização de demandas políticas.

⁴⁷⁷ Essa consciência necessária de apartar a influência religiosa dos membros da Corte deve ser entendida como um desdobramento do princípio da laicidade do Estado. Exatamente por isso urge desenvolver uma teorização aplicável da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais de minorias, inclusive em face de *backlash judicial* promovido pela própria corte mediante uma nova configuração. A preocupação se maximiza quando as declarações presidenciais, quando da indicação de um(a) novo(a) ministro(a), estabelecem como pré-requisito que o(a) potencial indicado(a) seja “terrivelmente evangélico”.

portanto, uma visão “messiânica” e “paternalista” das cortes constitucionais, seja porque ela não corresponde necessariamente à realidade de sua atuação, seja porque tal modelo desconsidera toda a mobilização social prévia necessária à resposta positiva da jurisdição constitucional (CARDINALI, 2017b, p. 65).

O reconhecimento do direito dos homossexuais de constituírem livremente uma família (homoafetiva) representa “reconhecer que o Estado garante as liberdades fundamentais de pensamento e de expressão” e que reconhece também “efetivamente a cidadania dos homossexuais e não apenas formalmente, atos esses compatíveis com um Estado que se intitula laico” (BARANOSKI, 2016, p. 79-80).

O Direito muda e, para Castanho, “lentamente, vai, por meio da fundamentação nos direitos humanos, cedendo às pressões sociais e abarcando demandas pontuais da população LGBT para, paradoxalmente, fortalecer-se e se manter” (CASTANHO, 2013, p. 72). Além disso, é inadmissível pensar que, em um Estado Democrático de Direito, onde há previsão expressa no ordenamento jurídico quanto aos direitos de privacidade, igualdade, liberdade (e dignidade da pessoa humana) que persistam violações de natureza meramente discriminatória. Posturas limitadoras (o que inclui a legislativa) que cerceiem a livre construção das células familiares homossexuais (que consequentemente cerceiam outros direitos como os patrimoniais) são atentatórias aos direitos e liberdades (VARGAS, 2014, p. 36), o que leva a considerar o não reconhecimento, consequentemente, como uma prática antidemocrática.

O uso da judicialização da pauta das uniões homoafetivas, enquanto um litígio estratégico promove a utilização do espaço judicial como uma arena de deliberação política legítima em razão da ineficiência de tratamento do tema pelas instâncias tradicionalmente vocacionadas a esse papel (Executivo e, principalmente, Legislativo). Isso ocorre, de forma legítima, dentro de uma Democracia Constitucional, quando há (i) um tratamento ineficiente ou omissivo por parte daquelas instâncias tradicionais (Executivo e Legislativo), seja por conveniência, ausência de formação majoritária para deliberar nesse sentido ou questões orçamentária (o que não é o caso aqui); (ii) quando se busca visibilizar a reivindicação como um direito (e nesse sentido densificar seu conteúdo) alavancando seu amplo debate social (e com esse debate alcançar o reconhecimento ou ampliação do conteúdo desse direito) de modo a provocar o Executivo ou Legislativo; e (iii) há sua utilização (do litígio) como “mecanismo dialógico de devolução do debate aos canais democráticos” buscando “estabelecer posteriores interações em constante deliberação entre as instituições políticas e sociais”

e, com isso, promover “uma atuação permanente de provocações recíprocas a aprimorar o sentido e efetividade do texto constitucional” (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 194-195).

A judicialização do reconhecimento das uniões homoafetivas possui uma grande relevância no contexto democrático contemporâneo, por permitir que se atualize o sentido da Constituição a partir das transformações sociais e dentro de uma discussão que está permeada pela linguagem e construção jurídica. É válido apresentar as contribuições de Lucas Antonio Saran e Rogério Cangussu Dantas Cachichi, quando destacam que os textos não possuem um “sentido unívoco, pétreo, estático”, de modo que o texto jurídico se constrói na linguagem, se constituindo a CRFB/88 como um documento jurídico dotado de “considerável plasticidade” (o que não deve implicar desconsiderar imperativos como o da segurança jurídica e o princípio da confiança) considerando se tratar de um campo fértil para alterações “informais” de sentido, via “mutação constitucional” (SARAN; CACHICHI, 2014, p. 86).

Saran e Cachichi apontam que as Constituições possuem as “características dinâmica e prospectiva” e em razão disso são alvo de “processos informais, desorganizados e imprevisíveis de alteração de significado normativo sem alteração do texto” (2014, p. 91). A linguagem do texto constitucional assume um aspecto de árvore viva, e não é desprovida de razão a afirmação dos autores que as “Constituições têm vida” e dessa forma “a linguagem constitucional funde-se com a imanência da vida, num contínuo linguagem-vida”, de modo ser possível afirmar que “[s]e certezas existem como proposições inegáveis, não são eternas” (2014, p. 97), o que importa em reconhecer que a Constituição é uma árvore viva que busca acompanhar as transformações sociais⁴⁷⁸.

7.2. Reconhecimento das uniões homoafetivas no contexto europeu

A realidade europeia é complexa, considerando a pluralidade de realidades existentes dentro do bloco e as particularidades pertinentes aos contextos jurídicos de cada Estado-Membro do bloco. Desse modo, não se mostra como uma preocupação presente o oferecimento de uma demonstração exaustiva ou conclusiva do

⁴⁷⁸ A Teoria ou Doutrina da Árvore Viva se encontra na Parte III da presente tese.

reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, servindo como um recorte pontual dessa matéria⁴⁷⁹.

A Europa reúne uma assombrosa diversidade (culturas, sociedades e estilos de vida) que testemunha uma concessão de muitos diferentes tratamentos (tanto no âmbito social como jurídico) à homossexualidade e, especificamente, aos casais homossexuais. Como consequência, a Europa contemporânea se apresenta como uma vitrine onde os diferentes Estados revelam suas mais variadas opções de tratamento jurídico-constitucional da união homoafetiva e dos casais em geral. O diferente reconhecimento jurídico presente nas distintas legislações domésticas dos Estados-membros está condicionado, em grande medida, com a aceitação sociocultural da homossexualidade no contexto interno das sociedades. Outro aspecto a ser considerado é a influência da religião e da tradição moral sobre a aceitação sociocultural da homossexualidade.

É possível observar que, em sociedades marcadamente religiosas, a aceitação da homossexualidade é mais improvável, e menos ainda sua integração social como casal e como família. Mesmo diante de sociedades tradicionais, outras se destacam por seu perfil vanguardista se sobressaindo pela tolerância e aceitação da homossexualidade e das relações de uniões homossexuais, razão pela qual eliminaram os fatores de diferenciação entre elas e as de índole heterossexual. Essas sociedades vanguardistas reconheceram juridicamente as uniões homoafetivas, mesmo que tenha se dado de forma diferente dependendo do Estado (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 221-222).

Assim, pode ser observado que o continente europeu também tem apresentado sociedades muito reticentes quanto a integração da união homoafetiva e, por essa razão, do reconhecimento jurídico desse modo de convivência, parecendo supor que não existem tais uniões em seus territórios. São sociedades claramente conservadoras e nelas ainda hoje existe uma visão ainda muito fechada sobre o modelo tradicional de matrimônio sendo o caso, por exemplo, da Polônia e da Romênia⁴⁸⁰ (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 221-222).

⁴⁷⁹ Para um aprofundamento complementar sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas no contexto europeu sugere-se a leitura do capítulo *Retrato das uniões homoafetivas no contexto normativo-decisório da União Europeia: democracia e direitos fundamentais* (NASCIMENTO; ALVES, 2019) presente na Obra: *União Europeia: visões brasileiras*.

⁴⁸⁰ É válido destacar, entretanto, que em 27 de setembro de 2018, o Tribunal Constitucional da Romênia (país em que a descriminalização da homossexualidade se deu apenas no ano 2000) reconheceu a validade de casamento entre dois homens (um romeno e um estadunidense) que ocorreu na Bélgica. Em outubro do mesmo ano a Romênia presenciou o insucesso de uma tentativa conservadora-reacionária de inscrever na Constituição do país uma disposição proibindo o casamento homoafetivo (como uma estratégia de impedir que demandas judiciais pudessem contornar a omissão legislativa), visto que a quantidade de eleitores que participaram do referendo foi significativamente inferior aos 30% (trinta por cento) exigido

Outros Estados-membros apresentam uma extraordinária abertura apesar do caráter conservador, como é o caso da Grécia (que em 22 de dezembro de 2015 aprovou as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo) e também da Itália que por pressão da sentença condenatória do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (de 21 de julho de 2015), por não haver nenhum tipo de reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, aprovou em 11 de maio de 2016 a *Legge Cirinnà* (*Legge 20 maggio 2016, n. 76*) legislando sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 221-222).

Em 2010, mesmo não confirmando a inconstitucionalidade das normas impeditivas, a Corte Constitucional Italiana determinou, pelo acórdão 138 que “a convivência estável de um casal do mesmo sexo deve ser considerada dentre as formações sociais protegidas pela Constituição”. O acórdão determinou a obtenção “com o tempo, na forma e dentro dos limites estabelecidos por lei – o reconhecimento legal com os devidos direitos e obrigações” (TAVARES *et al.*, 2015, p. 260). Para os autores, o Poder Judiciário italiano exerce(u) um papel preponderante quando chamada a preencher o vazio normativo dos direitos da pessoa LGBTQ+.

No que tange ao reconhecimento da união homoafetiva na Itália, cabe destacar que em 2012 a Corte Constitucional negou o pedido de um casal homossexual para validar um matrimônio realizado em outro país (país este onde esse tipo de união é legalizado). A Corte Constitucional da Itália também havia rejeitado recursos apresentados pela Corte de Apelação de Trento e pelo Tribunal de Veneza, recursos esses que pretendiam o reconhecimento da ilegitimidade de artigos do Código Civil italiano que impossibilitavam o casamento homoafetivo. Entretanto, após a condenação internacional e a aprovação da Lei, a Corte Constitucional se manifestou positivamente à promulgação da *Legge Cirinnà* considerando que o reconhecimento da união homoafetiva não implicaria diminuição de direitos das uniões heteroafetivas, o que garantia sua constitucionalidade.

Os direitos das pessoas homossexuais e seus direitos no âmbito familiar (seja como união homoafetiva ou relação homoparental) têm experimentado na Europa um extraordinário avanço no século XXI. O contexto jurídico e social contemporâneo, em um sentido geral, tem tratado a homossexualidade com normalidade e as legislações,

para sua validade. A alta abstenção popular, nesse sentido, foi sentida como em apoio da sociedade romena com valores democráticos (de liberdade e igualdade).

todavia, proíbem a discriminação das pessoas em razão de sua identidade ou orientação afetivo-sexual.

O reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais não tem sido homogêneo no contexto europeu, mas a região apresenta um panorama de grande diversidade de regulação para essa natureza de uniões. Essa diversidade tem despertado o estudo comparativo identificando os distintos ordenamentos jurídicos, os modelos de tratamento jurídico adotados, a observação das diferenças principalmente entre o reconhecimento que considera as uniões equiparadas à matrimônios/casamentos, aquelas que reconhecem exatamente como casamento (reconhecendo civilmente como tal) e aqueles outros ordenamentos que continuam reconhecendo como uniões de fato formalizadas mediante registros (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 233).

No continente europeu, o primeiro país a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda⁴⁸¹ que, a partir de 2002 com a alteração do Código Civil holandês, autorizou o registro das uniões civis ou sua conversão em casamento desde que um dos cônjuges fosse holandês ou residisse no país. A Bélgica, em 2003, foi o segundo país europeu a implementar o casamento homossexual, e assim como a Holanda, apresentava como requisitos a nacionalidade de um dos cônjuges ou sua residência por no mínimo três meses em território nacional. A Espanha legaliza, em 03 de julho de 2005, por meio de suas *Cortes Generales*⁴⁸² a lei do casamento homossexual, permitindo que um espanhol (nato ou residente) pudesse desposar um companheiro de outra nacionalidade (VARGAS, 2014, p. 119-120).

No que se refere ao reconhecimento do casamento homoafetivo na Espanha, é importante destacar que a positivação desse direito se deu via Parlamento (Ley 13/2005), sendo ratificada com apoio de 66% da população. Ao contrário do que defendem autores mais conservadores, de que supostamente desacordos morais resolvidos no Parlamento sofreriam menos resistência da população, a Espanha é um caso claro de que essa ideia não prospera. Em 21 de julho de 2005, houve manifestações de *backlash* com a recusa de uma juíza, em Dénia, de emitir uma certidão de casamento homoafetivo. A magistrada propôs uma *cuéestion de inconstitucionalidad*⁴⁸³ da lei junto

⁴⁸¹ Também conhecido como Países Baixos

⁴⁸² As *Cortes Generales* (ou Cortes Gerais, em português) são o Parlamento espanhol, nos termos da Constituição daquele país, formado pelo Senado (câmara alta) e pelo Congresso dos Deputados (câmara baixa).

⁴⁸³ Nos termos do Ar. 163 da Constituição Espanhola de 1978.

ao Tribunal Constitucional alegando o princípio da diversidade de sexos como previsão legal da Constituição.

Em agosto daquele ano, outro juiz, em Grã Canária, igualmente recusou emitir a certidões para casais gays e iniciou um processo constitucional. Ambos os pedidos foram, em 2005 mesmo, rejeitados sob o fundamento de ilegitimidade dos juízes em propor tais ações. Ainda assim, a lei foi questionada no Tribunal Constitucional espanhol, em 30 de dezembro 2005 (com o recurso de inconstitucionalidade n. 6864-2005), por parte do Partido Popular conservador e em 2012, sete anos após o pedido e já sob o governo desse mesmo partido, o Tribunal Constitucional por 8 votos a 3 julgou a lei constitucional (Sentencia 198/2012). A decisão, entre outros aspectos, considerou elementos como a dignidade da pessoa humana e a igualdade plena como aspectos relevantes para a decisão de constitucionalidade, bem como uma interpretação ampliada dos direitos humanos e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ESPAÑA, 2012).

Ainda no ano de 2005, a Inglaterra garantiu aos casais homossexuais o direito de oficializar sua união perante o Estado, por meio de lei, e, como as outras nações, apresenta a exigência de que um pelo menos um dos cônjuges tenha nacionalidade inglesa, garantindo como consequência o direito de requerer a nacionalidade inglesa após três anos de convivência. É importante destacar que não se trata do instituto do casamento, mas sim de parceria civil (VARGAS, 2014, p. 121). Naquele ano, legalizou-se a união homoafetiva na Noruega e na Suécia.

O casamento igualitário na Áustria foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional, no dia 05 de dezembro de 2017 (decisão com validade a partir de 1º de janeiro de 2019), abolindo expressões “sexo diferente” na legislação que define o casamento. Até então, as uniões homoafetivas eram chamadas de “uniões registradas” como forma de união legalizada.

Considerando o pluralismo existente no espaço europeu sobre os direitos das pessoas LGBTQ+, é válido destacar os dados divulgados pela ILGA-Europe⁴⁸⁴ (no relatório *Rainbow Europe*) que, anualmente, publica como os países da Europa se encontram no que tange ao respeito dos direitos das pessoas homossexuais. Usando da

⁴⁸⁴ A ILGA-Europe é parte da *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGBTIA) responsável por monitorar e advogar em defesa dos direitos das pessoas LGBTQ+ no território europeu. A ILGBTIA é composta também pelas regiões: Pan Africa ILGA, ILGA Asia, ILGA-Europe, ILGA Latin America and the Caribbean (LAC), ILGA North America and ILGA Oceania

analogia do arco-íris⁴⁸⁵, o grupo demonstra como existem países que oferecem ampla proteção, reconhecendo todos os direitos e dimensões das famílias homoafetivas (como é o caso de Malta) ou direitos consideráveis (como é o caso da Áustria, Bélgica, Espanha, Reino Unido) e ainda países que não reconhecem nenhum direito na dimensão familiar (como é o caso da Turquia, Eslováquia, Sérvia, Romênia, Lituânia e Azerbaijão).

No rol de aspectos avaliados pelo grupo na dimensão da família, analisa-se se os países reconhecem: casamento igualitário, registro da união estável civil (com direitos similares aos do casamento), parcerias civis (com direitos limitados), direitos de coabitação, ausência de limitações constitucionais para o casamento, permissão para adotar, adoção pelo(a) parceiro(a), reconhecimento automático da coparentalidade entre outros. Isso resulta em avaliações sobre o índice de respeito aos direitos humanos (de plena igualdade – adotando o espectro verde) envolvendo países que chegam a 90% como é o caso de Malta, e países como a Bélgica (73%), Luxemburgo (70%) e Finlândia (69%), enquanto outros apresentam índices de graves violações de direitos humanos (discriminação institucionalizada – espectro vermelho) como é o caso de Azerbaijão (3%), Turquia (5%), Armênia (7%) e Rússia (10%).

Ainda que existam muitos fatores de análise (os dados têm as categorias de avaliação: Igualdade e não discriminação; Família; Crimes e Discurso de Ódio; legalidade do reconhecimento de gênero e integridade corporal; espaço na sociedade civil e asilo), é visível que os países que apresentam os melhores índices de desempenho na defesa dos direitos humanos são os que também reconhecem em alguma dimensão a família homoafetiva (ou várias delas), enquanto aquelas que a negam se encontram nos piores índices de desempenho (ILGA EUROPE, 2019).

Conforme os dados presentes fornecidos pela ILGA, na Europa, 16 países reconhecem a união homoafetiva na modalidade de casamento em diferentes medidas: a) a Áustria⁴⁸⁶, em 2019 (ano em que entrou em vigor), por decisão de sua Corte Constitucional; b) Bélgica, em 2003, por ato do Parlamento que mudou o Código Civil Belga emendando o artigo sobre casamentos; c) Dinamarca, em 2012, por ato legislativo (*Section 2 of Law n. 532*) incorporou o casamento igualitário (Groelândia em abril de

⁴⁸⁵ O arco-íris é um dos símbolos (e a principal bandeira) do movimento LGBTQ+, representando a diversidade. Nesse sentido, o *Rainbow Europe* demonstra, por meio das cores do arco-íris a diversidade de países e culturas na Europa, também oferece um espectro de como o respeito aos direitos humano se dá naquele ambiente (sendo o espectro verde, de sentido positivo, de avanço, de o mais favorável e o espectro vermelho o menos favorável, com o vermelho remetendo à perigo e alerta)

⁴⁸⁶ O rol de países foi apresentado em ordem alfabética (e não histórico-linear).

2016 e Ilhas Faroese em 2017⁴⁸⁷); d) Finlândia, em 2017, via *Act 156/2015* (que entrou em vigor em março de 2017) reconhecendo o casamento como um ato entre duas pessoas (adotando uma descrição neutra de gênero); e) França, em 2013, por intermédio da Lei n. 2013-404 de 17 de maio de 2013. Essa lei também passou a valer para Guadalupe e Martinica (na América Central); f) Alemanha, em 2017, via Parlamento; g) Islândia, em 2010, também adotando o gênero neutro para o casamento; h) Irlanda, em 2015, com o *Marriage Act 2015* e após um referendo constitucional sobre reformular o casamento como gênero neutro; i) Luxemburgo, em 2015, com alteração do Código Civil acrescentando que duas pessoas do mesmo sexo podem casar; j) Malta, em 2017, via *Marriage Act and other Laws (Amendment) Act* que eliminou a referência de “marido e mulher” para um termo neutro (no caso, *spouse* que poderia ser traduzido como “cônjuge”); k) Holanda (ou Países Baixos), em 2001, com o *Act on the Opening up of Marriage* estabelecendo o casamento como uma instituição entre pessoas de sexos diferentes ou iguais; l) Noruega, em 2009, com emenda da *Marriage Act* de 1993, incluindo que pessoas de sexo oposto ou de mesmo sexo podem contrair casamento; m) Portugal⁴⁸⁸, em 2010, por meio da Lei n. 9/2010 permitindo casamento entre pessoas do mesmo sexo; n) Espanha, em 2005, emendou o Código Civil igualando o casamento heterossexual e o homossexual; o) Suécia, em 2009, que revisou seu *Marriage Code* para um termo de gênero neutro; e p) Reino Unido, em 2014, o fazendo mediante o *Marriage (Same-sex Couples) Act 2013*, estabelecendo a legalidade do casamento igualitário. Vale mencionar que a Escócia, em 2014, mudou seu *Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act of 2014* para que o termo *spouse* (cônjuge) fosse entendido tanto para casais de sexos diferentes quanto de mesmo sexo. De igual maneira, a maior parte dos Territórios Britânicos Ultramarinos já permitem o casamento igualitário (ILGA, 2019, p. 280-282).

Cabe mencionar que, na Armênia, a despeito de não reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo (como um direito doméstico), o Ministério da Justiça declarou em julho de 2017 que todos os casamentos realizados no exterior são válidos na Armênia, incluindo casamentos entre pessoas do mesmo sexo, de acordo com o artigo 143, do Código da Família daquele país.

⁴⁸⁷ Ambos são territórios dinamarqueses.

⁴⁸⁸ Explicar que primeiro houve reconhecimento da Corte Constitucional de que a Constituição daquele país não proibia a união homoafetiva ver

Já na Romênia, ocorreu um referendo para mudar a constituição de modo a proibir que casais do mesmo sexo pudessem se casar (constitucionalizando a impossibilidade, portanto). O referendo (ocorrido em 22 de outubro de 2018), entretanto, não obteve êxito contando com baixa participação popular. A Corte Constitucional da Romênia, em julho do mesmo ano, decidiu que o Estado deve conceder direitos de residência a cônjuges do mesmo sexo desde que cidadãos da União Europeia, seguindo a decisão do Tribunal de Justiça Europeu sobre a matéria (ILGA, 2019, p. 282). Em ambos os países, conservadores e resistentes aos direitos das pessoas homossexuais, verifica-se alguma movimentação para o reconhecimento das uniões homoafetivas, com destaque ao valor da jurisprudência internacional e sua assimilação pelas cortes nacionais.

A União Europeia parece orientada a uma política de aceitação das uniões homoafetivas como núcleos familiares, também condenando a discriminação por orientação afetivo-sexual e impulsionando as políticas dos Estados-Membros nesse sentido (ainda que buscando respeitar a sua soberania e particularidades). Em 2015, o Parlamento Europeu, por meio da Resolução de 12 de março daquele ano, sobre o *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2013) y la política de la Unión Europea al respecto (2014/2216(INI))* e que no ponto 162⁴⁸⁹ orienta que os Estados membros e instituições da União Europeia devem contribuir em maior medida sobre o reconhecimento de matrimônio ou uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo são protegidas como direitos humanos (MARTÍN SANCHEZ, 2016, p. 232).

Vale observar, no contexto europeu, o papel dos tribunais internacionais (Tribunal de Justiça da União Europeia e Corte Europeia de Direitos Humanos) como agentes de transformação e positivação de direitos para uma maior equiparação entre a fruição de direitos para casais homossexuais. Obviamente, não se constituiu de um caminho sempre progressivo ou no papel de “iluministas” do progresso, posto constarem no histórico das decisões posturas conservadoras e excludentes da questão homossexual. O reconhecimento foi sempre paulatino e modesto, começando pela

⁴⁸⁹ No documento está disposto que “Toma nota de la legalización del matrimonio o las uniones civiles entre personas del mismo sexo en un creciente número de países —diecisiete en la actualidad— en todo el mundo; alienta a las instituciones y a los Estados miembros de la UE a que contribuyan en mayor medida a la reflexión sobre el reconocimiento del matrimonio o las uniones civiles entre personas del mismo sexo como cuestión política, social y de derechos humanos y civiles; [...]”.

descriminalização das relações sexuais consensuais entre pessoas adultas de mesmo sexo, até o reconhecimento das uniões homossexuais como família.

A experiência europeia foi marcada por casos que cristalizaram um entendimento contra a discriminação nos casos analisados pela Corte Europeia de Direitos Humanos envolvendo a descriminalização das relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo, por exemplo, o (i) *Caso Dudgeon v. Reino Unido*, em 1981⁴⁹⁰; (ii) *Caso Norris v. Irlanda*, em 1988⁴⁹¹; e (iii) Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas no *Caso Toonen v. Austrália*, em 1992⁴⁹² (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 650-651).

No âmbito do Direito das Famílias, sob o direito de não discriminação, a Corte Europeia atuou no *caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*. O caso envolvia a discussão entre o peticionário e sua ex-esposa pela guarda da filha, considerando que o poder parental havia sido questionado em razão de o pai ter estabelecido, após o divórcio, uma união homossexual. A Corte Europeia de Direitos Humanos condenou Portugal (baseando-se nos Artigo 8º e Artigo 14⁴⁹³) e na violação da proporcionalidade da decisão da justiça portuguesa que negou o direito parental do peticionário em razão de sua homossexualidade (critério esse sem qualquer base legal) inexistindo relação razoável entre os meios e os fins (PIOVESAN, 2019, p. 200-201).

O caso é paradigmático, pois o peticionário foi impedido de manter contato com a filha, tendo como motivação sua relação homossexual e que isso consistiria no melhor

⁴⁹⁰ No caso Dudgeon contra o Reino Unido, Jeffrey Dudgeon, na condição de cidadão britânico da Irlanda do Norte, contestou junto à Corte que seu Estado promovia discriminação injustificada, interferindo em sua vida privada e gerando insegurança em sua vida, em razão da criminalização de atos sexuais realizados de forma consensual entre pessoas do mesmo sexo. A Corte entendeu pela existência de proibição legal se dava em função de discriminação por orientação afetivo-sexual, ofendendo o Art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (que versava sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar) (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 651).

⁴⁹¹ No caso Norris contra a Irlanda, David Norris, na condição de cidadão irlandês e ativista pelos direitos dos homossexuais, contestou que as leis irlandesas que vedavam as relações homossexuais masculinas interferiam em seu direito à vida privada “(o que incluem os direitos a uma vida sexual), garantidos pelo art. 8º da Convenção Europeia. A Corte decidiu (por 6 votos a 5) “que a existência destas leis consistia em uma violação aos direitos à privacidade” (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 650-651).

⁴⁹² No caso Toonen contra a Austrália, Nicholas Toonen, cidadão australiano, contestou junto ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1994, que, como residente da ilha da Tasmânia, estava com seus “direitos ameaçados por leis contra atos homossexuais masculinos (*sodomy laws*)”, ainda “que, na prática, não eram aplicadas pelo poder local”. O Comitê afastou o argumento que as leis estavam baseadas na cultura e na moral da ilha, rejeitando o relativismo cultural. O Comitê concluiu que essas leis, “ainda que não aplicadas, geram um temor e ameaça à vida privada e à liberdade dos indivíduos, sendo, portanto, contrária ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, tanto no que diz respeito a não discriminação, art. 26, quanto no que diz respeito à privacidade, art. 17” (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 652).

⁴⁹³ Que versavam, respectivamente, sobre o respeito ao direito à vida privada e familiar e sobre proibição de discriminação.

interesse da criança. A justiça portuguesa chegou a argumentar que a criança deveria viver em uma família tradicional portuguesa, criando um critério arbitrário e discriminatório⁴⁹⁴. A Corte de Apelação de Lisboa aparentemente tentou buscar um fim legítimo (a “proteção da saúde e direitos da criança”), mas introduziu como fatores de interpretação a orientação afetivo-sexual do genitor como um fator excludente desses valores, estabelecendo “que a criança não deveria crescer em ambiente de *situações anormais*” – o que é inaceitável nos termos da Convenção Europeia de Direitos Humanos (PIOVESAN; KAMIMURA, 2015, p. 173-174).

O caso *Schalk e Kopf v. Áustria* (*Caso Schalk e Kopf v. Áustria*, n. 30141/04, k. 24.06.2010), versando sobre a tentativa de reconhecimento do casamento de homossexuais é um caso interessante, quando observada a postura da Corte Europeia de Direitos Humanos. O pleito do casal havia sido negado pelo Estado da Áustria que se baseava no princípio da diversidade de gêneros como requisito do contrato de casamento. A Corte Europeia (em 24.06.2010), apesar de reconhecer o conceito de família desse tipo de relação, sustentou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não obrigaria os Estados-Membros a assegurar o direito ao casamento para casais de mesmo sexo, de modo que não se violaria os Artigo 8, 12 e 14 do Tratado. Todavia, além de reconhecer essas uniões como entidades familiares, a Corte admitiu um crescente processo de aceitação jurídica desses casais, ainda que não fosse uma maioria naquela comunidade de Estados (PIOVESAN; KAMIMURA, 2015, p. 182-183).

Em sentido similar, no Caso *Vallianatos e Outros v. Grécia* (*Caso Vallianato e outros v. Grécia*, n. 29381/09 e n. 32684/09, j. 07.11.2013), a Corte Europeia se manifestou sobre as uniões civis gregas que permitiam as uniões civis (em um formato mais flexível que o casamento) apenas para casais heterossexuais em clara situação de exclusão discriminatória dos casais de mesmo sexo. Nesse caso, a Corte entendeu que a Comunidade Europeia, em sua maioria (com exceção a Lituânia e a Grécia), reconhecia alguma forma alternativa de casamento para os casais de mesmo sexo e que a criação dessa nova lei de 2008 não deixava clara a necessidade de impedimento desses casais ao seu exercício. Em razão dessa ausência de razoabilidade na produção da lei grega, a Corte considerou que houve violação do princípio da não discriminação (Artigo 14 da

⁴⁹⁴ Consolidou-se na jurisprudência da União Europeia que eventuais tratamentos diferenciados deveriam estar devidamente amparados por uma justificativa dotada de objetividade e razoabilidade – o que não se encontra no caso.

Convenção) e do direito ao respeito à vida privada e familiar (Artigo 8º da Convenção), de modo que o Estado Grego foi condenado (PIOVESAN; KAMIMURA, 2015, p. 183).

A visão da Corte Europeia de Direitos Humanos se mostrou mais vanguardista no *caso Oliari e Outros v. Itália*, em 2015, quando três casais homoafetivos denunciaram a Itália junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, sob o argumento de que o país violava o Art 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao impossibilitar qualquer tipo de reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo (não prevendo casamento ou união civil). A Corte Europeia reconheceu a violação ao direito ao respeito à vida privada e familiar pela proteção jurídica insuficiente do direito italiano. A Corte alegou uma tendência dos Estados membros do Conselho da Europa em reconhecer legalmente as uniões (considerando que à época 24 dos 47 países o fazia), bem como era uma visão demandada pela própria Corte Constitucional italiana e esse reconhecimento teria amparo na maioria da população do país (PIOVESAN, 2019, p. 201-202).

Seligson, Morales e Russo, observando os resultados de pesquisa de Van Den Akker, Ploeg e Scheepers (2013) que analisavam a realidade europeia (20 Estados europeus foram estudados) de tolerância, destacam que o reconhecimento estatal das uniões homoafetivas gera maiores níveis de tolerância dessas famílias na sociedade (SELIGSON; MORALES; RUSSO, 2019, p. 237).

7.3. Reconhecimento das Uniões homoafetivas na América Latina e no Caribe

A questão do reconhecimento das uniões homoafetivas tem se apresentado na América Latina e Caribe como um assunto de grande relevância política, surgindo como pautas das campanhas eleitorais de candidatos que buscam o apoio de uma sociedade em sua maioria conservadora, como na Costa Rica (especialmente após a Corte Interamericana ter declarado a obrigação do país em reconhecer essas uniões) e Paraguai no ano de 2018⁴⁹⁵ (SELIGSON; MORALES; RUSSO, 2019, p. 236).

Os países que compõem a América Latina ainda possuem uma formatação legislativa eminentemente conservadora nesse aspecto. Além da frágil separação institucional de Estado e Igreja, na maioria dos países latino-americanos, há o grande impacto da Igreja como parte interessada política na região ao delimitar a agenda pública e influenciar a tomada de decisões do governo. O *lobby* promovido com o

⁴⁹⁵ Os autores não chegam a comentar, mas o período eleitoral no Brasil em 2018 também foi marcado por uma pauta moralista cristã nesse mesmo sentido.

intuito de influenciar legisladores e juizes por parte dos representantes da Igreja Católica limita significativamente as mudanças, no sistema legal e na jurisprudência, que institucionalizam a concepção da família tradicional (VAGGIONE, 2013, p. 234)⁴⁹⁶. No contexto brasileiro, de forma especial, essa influência da religião como um entrave fundamentalista é ainda acrescido pela presença de grupos religiosos protestantes⁴⁹⁷ na política com a formação da famigerada “Bancada Evangélica”.

Cardinali destaca que a luta pelos direitos da população LGBTQ+ apresenta dificuldades próprias como resultado do contexto histórico-cultural latino-americano, que possui uma noção rígida de papéis de gênero (masculino e feminino) no âmbito familiar e em outros espaços sociais, além de uma arraigada cultura machista e patriarcal o que implica estabelecer uma enorme resistência social e política para qualquer demanda que busque questionar esses paradigmas. Discutir as demandas da agenda LGBTQ+ coloca no debate público assuntos relegados à esfera privada unicamente, muitas vezes, considerados tabus na América Latina, o que ameaça séculos de construção de uma matriz heteronormativa e de um sistema de dominação de gênero que são marcadamente presentes na vida social e política da região (CARDINALI, 2017b, p. 27).

Analisando a composição da América do Sul, por exemplo, que conta com catorze países e territórios, tem a Guiana como exemplo de Estado que ainda criminaliza as relações homossexuais masculinas. Em contrapartida, apenas quatro países reconhecem o casamento entre pessoas do mesmo sexo e tutelam os direitos atinentes⁴⁹⁸: Argentina, desde 2010⁴⁹⁹; Brasil, desde 2013 (a união estável havia sido

⁴⁹⁶ No original: “In addition to the fragile institutional separation of State and Church in most Latin American countries, there is the large impact of the Church as a political stakeholder in the region in delimiting the public agenda and influencing government decision-making. The lobbying of legislators and judges by representatives of the Catholic Church significantly curbs changes in the legal system and in the jurisprudence, which institutionalize the conception of the traditional family”.

⁴⁹⁷ Aqui se está referindo de forma genérica aos grupos religiosos cristãos não-católicos e que possuem uma raiz (ainda que imprecisa) na Reforma Protestante de Martinho Lutero. Sob a alcunha de “protestantes” se estão considerando as religiões protestantes tradicionais (entre as quais estão a Igreja Luterana, Presbiteriana, Anglicana, Batista e Metodista), as igrejas pentecostais (surgidas no século XX) e as neopentecostais (surgidas no final do século XX). As igrejas protestantes dependendo do grupo (e inclusive dentro do próprio grupo) não possuem uma unidade absoluta, divergindo sobre diversos temas, como por exemplo, a forma de encarar a homossexualidade (aceita ou tolerada por algumas, considerada um pecado por tantas outras).

⁴⁹⁸ A questão está sendo discutida na Venezuela e no Chile.

⁴⁹⁹ Destaca Daniel Carvalho Cardinali que “[e]m 2010, foi aprovada na Argentina a lei que a tornou o primeiro país da América Latina a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contendo disposições inclusive acerca da adoção de crianças por estas famílias. Em 2012, foi aprovada no país uma lei sobre identidade de gênero, regulamentando uma série de direitos de pessoas transexuais e transgênero” (2017b, p. 26).

reconhecida em 2011); Colômbia, desde 2016; e Uruguai, que reconhece desde 2013⁵⁰⁰. Vale destacar as Ilhas Falkland (território britânico na América do Sul) que reconheceram as uniões civis e o casamento entre pessoas do mesmo sexo desde abril de 2017.

Na América Latina, conforme Dion e Díez (2017), em média os países mais ricos e democráticos são mais tolerantes ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, apontando também para o fato de que alto grau de instrução e baixo apego religioso da população também influenciam em um apoio mais elevado das uniões homoafetivas (SELIGSON; MORALES; RUSSO, 2019, p. 237).

Conforme apontado por Cardinali, a Corte Colombiana (que foi criada pela atual constituição do país em 1991) possui o reconhecimento de ser uma das “mais audazes e inovadoras do mundo” com destacada atuação pela proteção dos direitos fundamentais e grupos estigmatizados como a população LGBTQ+. A Constituição Colombiana se aproxima da CRFB/88 por contar com “um amplo e variado rol de direitos fundamentais de todas as gerações, além de prever órgãos judiciais e mecanismos processuais reforçados que visam à sua concretização”. Entretanto, a Colômbia possui um órgão judicial com competência exclusiva para o “controle de constitucionalidade”, bem como para a “defesa dos direitos fundamentais” o que diferencia o país do Brasil (CARDINALI, 2017a, p. 82).

É importante destacar que, após vários anos de incerteza jurídica, em 2016, o Tribunal Constitucional da Colômbia emitiu a *Decisão SU214/16*, estabelecendo que os notários não pudessem mais se recusar a registrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Em 2011, a Corte havia proferido a *Decisão C-577/11*, reconhecendo os casais de mesmo sexo como “entidades familiares” e havia ordenado que o Congresso legislasse sobre o assunto. Até o momento, nenhuma lei foi adotada (ILGA, 2019, p. 278).

Com relação à união civil (distinta do casamento), na América do Sul, se encontra no seguinte panorama: Chile permite a união civil de pessoas do mesmo sexo desde 2015; o Equador permite a união desde 2014; Guiana Francesa, desde 1999 por força da aprovação do *Pacte Civil de Solidarité*. Nos demais países não há reconhecimento da união homoafetiva.

⁵⁰⁰ No que se refere ao Uruguai, Daniel Carvalho Cardinali, observa que “[e]m 2009, foram aprovadas no Uruguai uma lei dispendo sobre as “uniões concubinárias” de pessoas do mesmo sexo, inclusive com a possibilidade de adoção, e outra sobre direitos de pessoas transexuais e transgênero. Em 2013, o Parlamento do país legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo” (2017b, p. 26).

Na América Central, onde há dezenove países e territórios, vale destacar que cinco Estados flagrantemente criminalizam relações homossexuais (onde em quatro desses apenas a homossexualidade masculina é punida). Três territórios reconhecem a união civil: Antilhas Holandesas⁵⁰¹, Guadalupe (pelo *Pacte civil de solidarité*) e Martinica (*Pacte civil de solidarité*). Apenas dois reconhecem o casamento igualitário: Bermudas, desde 2017⁵⁰²; e a Costa Rica, desde janeiro de 2018. Em dezembro de 2018, Cuba resolveu aprovar o novo projeto de constituição que reconhecia o livre mercado e a propriedade privada, mas excluiu a mudança que tornaria o casamento uma união entre duas pessoas (abrindo constitucionalmente espaço para o reconhecimento do casamento igualitário).

O México apresenta um panorama diferenciado. Em 2007, a Cidade do México foi a primeira representante na América Latina a reconhecer união civil entre pessoas do mesmo sexo e, posteriormente, legalizou o casamento no ano de 2009. Como havia resistência de alguns estados-mexicanos, o tema foi levado para a Suprema Corte de Justiça que em 2015 estabeleceu *jurisprudencialmente* que a medida valia por todo o país.

Assim, não há lei federal mexicana sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Algumas jurisdições promulgaram leis locais que preveem esse direito, incluindo Campeche (2016); Coahuila (2014); Colima (2016); Cidade do México (2009); Michoacán (2016); Morelos (2016) (via emenda constitucional); e Nayarit (2015). Em Quintana Roo (2012), casamentos de mesmo sexo eram permitidos pelas autoridades locais por meio de uma construção progressiva dos regulamentos locais. De igual maneira, em Baja California (2018), Chihuahua (2017) e Oaxaca (2018), as autoridades locais permitiram administrativamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em vários outros Estados, decisões judiciais ordenaram o reconhecimento de casamentos entre pessoas do mesmo sexo: Chiapas (2017); Jalisco (2016); e Puebla (2017), por exemplo (ILGA, 2019, p. 278).

No que tange ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como casamento, o ILGA apresenta que nos países que compõe a América Latina e Caribe, apenas cinco adotam esse pleno reconhecimento: a) Argentina, desde 2010, que por

⁵⁰¹ Por estar vinculada à monarquia holandesa os casamentos homossexuais e uniões civis são válidos. O mesmo deveria se dar com Aruba, mas o governo local oferece resistência nesse reconhecimento, o que levou a questão para a Suprema Corte para apreciação.

⁵⁰² Bermudas oferece um cenário muito interessante relacionado ao tema nuclear da presente tese, por essa razão ocupa um lugar de destaque na Parte III.

meio da *Ley 26.618 do Matrimonio Civil* (modificando o Código Civil) estabeleceu que o matrimônio terá os mesmos efeitos e requisitos independentemente dos contraentes serem de mesmo sexo ou diferentes; b) Brasil, desde 2013 (análise específica no item 7.5)⁵⁰³; c) Colômbia, desde 2016, via Corte Constitucional; d) México, em diferentes anos dependendo da jurisdição, com decisões judiciais as regiões de Chiapas e via regulamentos locais; e e) o Uruguai, em 2013, com a *Ley n. 19.075*, quando redefiniu casamento como a união de duas pessoas de mesmo sexo ou diferente (ILGA, 2019, p. 278).

Essa visão conservadora não é corroborada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que expressamente reconhece que as uniões homoafetivas gozam do mesmo reconhecimento no *Pacto de San Jose da Costa Rica*. É aferível tal posicionamento pois a Corte emitiu Opinião Consultiva OC 24/17, de 24 de novembro de 2017, publicada em 09 de janeiro de 2018, versando sobre *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* (Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação aos casais do mesmo sexo, em tradução livre)⁵⁰⁴. O documento reforça a jurisprudência a favor de minorias, a qual já vinha sendo construída na CIDH no que tange a reconhecer a orientação afetivo-sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero, como categorias protegidas pelo *Pacto de San Jose*.

A Opinião Consultiva n. 24/17 da CIDH em seu teor destaca o direito à igualdade e à não discriminação de pessoas em razão de sua orientação afetivo-sexual, bem como reitera, na *Seção VIII, La protección internacional de los vínculos de parejas del mismo sexo*. Destaca o documento que nenhuma das normas citadas na consulta contém uma definição taxativa do que se deve entender por “família” e, particularmente sobre isso, a Corte *indicou que na Convenção Americana não está determinado um*

⁵⁰³ O documento descreve que o casamento igualitário no Brasil foi reconhecido pela Resolução 175 (2013), emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, documento este que declara que os notários não podem mais se recusar a registrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Anteriormente, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal do Brasil havia emitido uma decisão indicando que as “uniões estáveis” do mesmo sexo (reconhecidas como constitucionais na decisão) poderiam ser convertidas em casamento e recomendou ao Congresso que o fizesse, embora nenhuma ação legislativa tenha sido tomada até o momento. Outra decisão reconheceu os casais do mesmo sexo que vivem em “uniões estáveis” como “unidades familiares” e têm direito aos mesmos direitos que os casais heterossexuais que vivem nesse tipo de união (ILGA, 2019, p. 278).

⁵⁰⁴ A Opinião Consultiva havia sido solicitada pela República de Costa Rica, que, entre outras coisas, deseja saber do Tribunal a respeito dos direitos patrimoniais derivados de *vínculos entre personas del mismo sexo*.

*conceito fechado de família, muito menos se protege um modelo de família em particular*⁵⁰⁵ (2017, p. 73).

O Brasil reconhece a competência da jurisdição da Corte Interamericana, a partir do Decreto Legislativo n. 89/1998⁵⁰⁶, de 3 de dezembro daquele ano, enquanto as Opiniões Consultivas (pareceres da Corte) vinculam o país desde a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Brasil retificou a Convenção por meio do Decreto n. 678, em 06 de novembro de 1992⁵⁰⁷. A despeito da aprovação do texto com ressalva ao Artigo 43 da Convenção⁵⁰⁸, o Brasil aceitou a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com isso acatou vincular-se às decisões emanadas do órgão internacional. Vale destacar que à luz dos requisitos estabelecidos pelo Artigo 5º, § 3º, da CRFB/88, a Convenção Americana de Direitos Humanos está incorporada (após o Decreto n. 678) ao sistema jurídico brasileiro com o status de “emenda constitucional”.

As Opiniões Consultivas, em sua natureza de pareceres emitidos pela Corte IDH, vinculam os Estados-Parte como decisões sentenciadas em um caso concreto, emanando essa força vinculante da própria Convenção Americana que, em seu Artigo 68, dispõe o compromisso dos Estados-Partes a cumprirem as decisões da Corte.

Como destacado por Mezacasa (2018), todos os membros da Organização dos Estados Americanos podem requerer (no Plano Consultivo) pareceres junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (que é um órgão de caráter judicial autônomo) sobre a interpretação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou sobre os tratados que integram o sistema de direitos humanos interamericano, bem como “sobre questões de compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais” (controle de convencionalidade). Nesse sentido, destaca

⁵⁰⁵ No original “ha señalado que em la Convención Americana no se encuentra determinado um concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo um modelo em particular de la misma”.

⁵⁰⁶ O referido decreto aprovou “a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional”, nos termos do documento.

⁵⁰⁷ O Decreto promulgava a “Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969”, nos termos do documento.

⁵⁰⁸ O Decreto n. 678/1992 dispõe que “Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: ‘O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado’”. O Art. 43 da Convenção dispõe que “Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção”.

Mezacasa, “quando [a Corte] emite um parecer sobre questões interpretativas, ela não realiza um comentário de forma estática dos direitos humanos”, mas busca acompanhar interpretações dinâmicas e “evolutivas”, que contextualizem o aspecto temporal e as transformações sociais no sentido de que os direitos sejam expandidos (MEZACASA, 2018, p. 60).

Essa função consultiva, segundo Mezacasa, “opera como uma espécie de tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos”, para dirimir dúvidas sobre interpretação de normas de direito interno ou a conduta de Estados-membro sobre as obrigações assumidas na Convenção Interamericana de modo a prevenir conflitos (2018, p. 61).

O Sistema Regional Americano de Proteção dos Direitos Humanos comporta a Corte IDH e a CIDH como órgãos competentes para “conhecer, orientar e decidir sobre controvérsias entre os Estados Partes”. As Opiniões Consultivas da Corte de IDH objetivam “analisar e orientar o lastro de interpretação mais coerente e atual sobre o tema que lhe foi confiado dentro do sistema interamericano” (CAMILO, 2018, p. 120). O Brasil, em seu direito interno, já reforçou o caráter vinculante das OC, como se deu no caso do Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, em que o Supremo Tribunal Federal reconhece seu cumprimento obrigatório, especialmente reconhecendo o caráter das Orientações Consultivas como “fontes jurisprudenciais em matéria de direito internacional e direitos humanos no Sistema Interamericano e para os demais sistemas internacionais” que se beneficiem desse exercício jurídico-intelectual da Corte (CAMILO, 2018, p. 121, 126).

A Opinião Consultiva n. 24 (emitida em 24 de novembro de 2017) diz respeito ao “direito à identidade de gênero e ao matrimônio igualitário”, também dando o devido realce aos “direitos à intimidade e à privacidade” como “insuscetíveis de ingerência estatal, resguardando a vivência interna de cada indivíduo, o que e como da pessoa sente, como se vê e como se projeta na sociedade” (PIOVESAN, 2019, p. 28).

A jurisprudência brasileira tem apontado para a adoção dos julgados da Corte Interamericana, o que implica considerar a vinculação à Opinião Consultiva n. 24, sendo relevante observar que o STF considerou seu teor no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275 (sobre o direito ao nome das pessoas transexuais independente da *transgenitalização*, buscando a interpretação conforme da Lei n. 6.015/1973). Nesse processo, houve destaque para os argumentos presentes na OC n.

24, demonstrando uma influência (in)direta da interpretação da Corte na apreciação jurisdição constitucional nacional.

Esse entendimento se encontra manifesto pela CIDH quando afirma que, com relação à família, insta *reconhecer a importância nevrálgica dela como instituição social, que surge das necessidades e aspirações mais básicas do ser humano*⁵⁰⁹ (2017, p.73).

O Sistema Regional Americano tem se mostrado uma alternativa quando violências (reais e simbólicas ou institucionais) acometem pessoas LGBTQ+, como apontam os casos⁵¹⁰ (i) *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012) – situação em que Karen Atala (juíza chilena) perdeu a guarda para seu ex-marido sob o argumento que sua relação homoafetiva implicaria prejuízo no desenvolvimento social e suas filhas, de modo que as crianças estariam em “situação de risco” conforme o entendimento da Suprema Corte Chilena. A Corte Interamericana firmou que “a orientação sexual de uma pessoa está vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de toda pessoa pra autodeterminação”, além de reconhecer que é direito de cada um “escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções”. A perda da guarda em razão da orientação afetivo-sexual foi entendida como prática discriminatória (BAHIA; BOMFIM, 2019, p. 269-270).

Ao receber o caso a Corte Interamericana considerou que a posição da Corte chilena que entendia a relação orientação afetivo-sexual como um “ambiente insalubre” para as crianças se constituiu como grave violação do Artigo 11, § 2º, da Convenção, que protege o direito à vida privada, privacidade, como proteção que abarca “todas as esferas da vida de um indivíduo, incluindo suas relações pessoais e sua vida familiar” e que o julgamento realizado pela corte chilena esteve “fundado em considerações arbitrárias e em preconceitos discriminatórios com relação à orientação sexual”. Privar a vida familiar com base em orientação afetivo-sexual foi considerado discriminatório por ser a convivência familiar e manifestação da identidade afetivo-sexual como um “aspecto fundamental de seu plano de vida e uma das bases de seu direito a constituir família”. A Corte Interamericana também destacou o princípio 24, de Yogyakarta, que afirma que “os Estados não devem argumentar que a orientação sexual de ninguém

⁵⁰⁹ No original: “reconocer la importancia neurálgica de ésta como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano”.

⁵¹⁰ Os casos mencionados não dizem respeito diretamente ao contexto do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, mas indiretamente permitem uma valorização desse direito ao casamento ou ao reconhecimento como família, como se observa das explicações.

(crianças, pais ou terceiros) poderá afetar ou induzir o melhor interesse dos menores”. A Corte também reconhece a violação ao seu direito à não discriminação, nos termos do Artigo 24 da Convenção (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 658-659).

Outro caso teve como partes (ii) *Duque vs. Colômbia* (2016) – caso em que Angel Duque foi excluído do benefício previdenciário de pensão por morte de parceiro com quem havia convivido em uma união de 10 anos. A negativa se fundamentou na inexistência de previsão legal do benefício para uniões entre pessoas do mesmo sexo. A Corte Interamericana (após 11 anos de trâmite) entendeu, pela primeira vez, que os Estados devem (adotando todas as medidas estatais que sejam necessárias) propiciar iguais direitos aos casais homoafetivos sem discriminação quanto ao acesso a serviços de seguridade (BAHIA; BOMFIM, 2019, p. 270-271).

Já no caso (iii) *Flor Freire vs. Equador* (2016), houve a provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre as decisões de separação de Homero Flor Freire, que, na condição de Oficial Militar da base da terra do Equador, foi julgado por suspeita de prática de infração disciplinar nos termos da esfera disciplinar militar, sob a alegação de prática sexual homossexual. O oficial, no decorrer do processo, negou o suposto fato e alegou que não se identificava como homossexual – importante aspecto reconhecido pelo Tribunal da necessidade da auto identificação da pessoa sobre sua orientação afetivo-sexual para que esta seja definida. O processo, dessa forma, se concentrou não na acusação, mas na análise do regime militar que foi considerado discriminatório. A Corte reforçou que a orientação afetivo-sexual é um Direito Humano protegido pela Convenção, de modo que “nenhuma norma ou decisão de Direito Interno será proferida de modo a restringir de algum modo os direitos de uma pessoa por sua orientação sexual, seja ela real ou percebida” (BAHIA; BOMFIM, 2019, p. 271-272).

O caso Flor Freire contra o Equador é relevante ao responsabilizar o Estado por violar a igualdade perante a lei (o direito a não discriminação), nos termos do Artigo 24, além de violar o direito à honra e à dignidade e direitos de privacidade nos termos do Artigo 11, ambos da Convenção Americana (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018, p. 651).

7.4. Reconhecimento das Uniões homoafetivas na América do Norte: Canadá e Estados Unidos

O reconhecimento das uniões homoafetivas no Canadá iniciou-se em 1999, com decisões judiciais no nível das províncias. Em 20 de julho de 2005 o Canadá legaliza o casamento homossexual via legislativa para todo o país, com o *Civil Marriage Act* (que se constituiu como a aprovação nacional da *Bula C-38*, ou *Bill C-38*), no governo de Paul Martin, um liberal (VARGAS, 2014, p. 120-121).

Conforme dados do ILGA, no Canadá, a *Civil Marriage Act 2005* (Lei do Casamento Civil de 2005) é a lei federal pela qual o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido em todo o país. A partir de Ontário, em 2003, a maioria das jurisdições (províncias e territórios) já permitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo antes da promulgação da lei federal. As províncias de Alberta e Ilha do Príncipe Eduardo e os territórios de Nunavut e Territórios do Noroeste eram as únicas jurisdições sem essas leis antes de 2005 (ILGA, 2019, p. 280).

O Canadá apresenta um cenário interessante para a discussão da construção de uma cultura democrática. Miriam Smith, analisando a realidade canadense, observa aspectos de tensão e contradições com o reconhecimento das relações homoafetivas e o amadurecimento de proibições legais contra a discriminação, por um lado, e, por outro, um processo de *criminalização simbólica e real* da prática sexual entre pessoas do mesmo sexo e situações similares. A autora destaca que, no Canadá Justin Trudeau, eleito em 2015, promoveu uma campanha de reforma do sistema criminal para eliminar registros de condenações criminais do passado por comportamento sexual entre pessoas do mesmo sexo. Trudeau pediu desculpas publicamente e se comprometeu a compensar as comunidades LGBTQ+ por discriminação do passado. Entretanto, destaca a autora, persistem políticas públicas homofóbicas ao lado do discurso das políticas homonacionalistas e o progresso genuíno no reconhecimento legal dos direitos *queer*. (SMITH, 2020, p. 65)⁵¹¹.

Além de considerar a forte influência cultural que os EUA exercem sobre o Brasil, há uma tentativa de aproximação (especialmente na perspectiva dos direitos humanos fundamentais) das teorias adotadas na jurisdição constitucional americana (como se verifica pelos recentes estudos sobre o Efeito *Backlash*). Além disso, os precedentes da Suprema Corte americana são normalmente mencionados nos votos e

⁵¹¹ Para saber mais, sugere-se a leitura do trabalho completo da autora: *Homophobia and Homonationalism: LGBTQ Law Reform in Canada* (2020).

nas decisões nos casos de judicialização da política⁵¹². Dito isso, inegável é a importância da compreensão histórica e jurídica do reconhecimento das uniões homoafetivas nos Estados Unidos da América, ainda que o reconhecimento do STF tenha precedido à decisão da Suprema Corte Norte Americana.

A história dos Estados Unidos apresenta uma construção paulatina dos direitos e visibilidade das pessoas LGBTQ+, tendo como marco inicial a Revolta de Stonewall, nos anos de 1950, mas pautas a respeito do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma vitória conquistada apenas no ano de 2015. Essa mudança social é visível em maior representatividade nas produções midiáticas (filmes, séries, animações, publicidades etc.) e na participação da vida pública e política com candidaturas de indivíduos abertamente homossexuais.

Essa tortuosa história teve a presença da judicialização das pautas LGBTQ+, de forma que os Tribunais Estaduais e a Suprema Corte foram espaços de negação e posterior conquista de direitos, começando, como em vários lugares, pela liberdade do direito ao sexo consensual entre adultos de mesmo sexo (derrubando ou afastando a criminalização do sexo entre pessoas do mesmo sexo ou de práticas sexuais não “tradicionalmente” padronizadas⁵¹³) até o direito ao casamento. Por certo, outras pautas como a vedação da discriminação em razão da orientação afetivo-sexual nas relações de trabalho ainda se apresentam como temas recentes na história estadunidense e em grande medida parecem controversas⁵¹⁴.

Uma das primeiras atuações da Suprema Corte dos EUA sobre os direitos LGBTQ+ se deu no caso *One, Inc. v. Olesen* (1958), envolvendo o direito à liberdade de expressão. O caso envolveu a censura das publicações da *ONE: The Homosexual Magazine*, de Los Angeles (criada em 1953) que era uma revista de grande circulação nacional voltada para o público homossexual. A censura, que se constituiu por meio da apreensão das publicações pelas autoridades postais de Los Angeles, se baseava no fundamento que as publicações violavam leis contra obscenidade.

⁵¹² Como claramente se verifica, por exemplo, na Ementa da decisão do STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477554 (16.08.2011). O Ministro Celso de Melo, por exemplo, se refere aos precedentes da Suprema Corte dos EUA no reconhecimento do “princípio da busca da Felicidade como um postulado universal” em seu voto.

⁵¹³ A criminalização pode ocorrer, por exemplo, pela criminalização do sexo anal e oral, o que (ainda que não expressamente) criminaliza as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, já que não se enquadrariam na prática sexual pênis-vagina.

⁵¹⁴ A formação de uma Suprema Corte conservadora, com as indicações do Presidente Donald Trump dos juízes Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh, em 2017 e 2018, tem provocado preocupação do Tribunal estar se direcionando para posturas mais conservadoras e retrocedendo quanto a onda de conquista dessas minorias e desses grupos vulneráveis.

A Suprema Corte, no caso, estabeleceu que conteúdo voltado ao público homossexual não era inerentemente obsceno e validou, por meio da decisão, que havia direito de publicação de mídia LGBTQ+. Além de aspectos relacionados com auto reconhecimento (identificação com mídias específicas), a decisão também permitiu uma maior inclusão de pluralidade de conteúdos, possibilitando, ainda que timidamente, uma maior diversidade cultural (o que a médio e longo prazo também pode ter influenciado em maior empatia e aceitação da homossexualidade e das uniões homoafetivas).

A discussão a respeito do casamento igualitário foi realizada pela primeira vez pela Suprema Corte, no ano de 1972, no caso *Baker v. Nelson*. Em Minneapolis, um casal homossexual (Richard John Baker e James Michael McConnell) buscou os procedimentos para realizar seu casamento e, diante do impedimento, levou o caso para a Suprema Corte que determinou o arquivamento do caso por entender que não havia uma questão federal substancial para motivar a análise da Corte. Em termos práticos, a decisão não foi relevante para os casais homoafetivos, no que se refere à progressos jurídicos. Em todo caso, o casal acabou conseguindo uma licença de casamento em outro condado de Minnesota, no ano de 1971, tendo Baker mudado seu nome registral para Pat Lyn McConnell como forma de conseguir o certificado e participaram inclusive de uma cerimônia de casamento protestante. Vale destacar que, para fins simbólicos, o ato foi relevante para a luta por reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 2018, o juiz da Corte distrital Gregory J. Andersen, em 18 de setembro, determinou a validade do casamento realizado por eles.

Em sentido similar ao de outros Estados, uma das discussões preexistentes necessárias para o reconhecimento da união homoafetiva é aquela pertinente à descriminalização de atos sexuais entre pessoa do mesmo sexo. Nesse sentido, um marco importante (mas não de sucesso) se deu em *Bowers v. Hardwick* (1986), quando a Suprema Corte decidiu em favor de uma lei de sodomia na Geórgia, que havia sido aplicada contra Michael Hardwick que, em 1982, fora preso praticando sexo oral com outro homem. Por 5 a 4, a Corte entendeu que a 14ª Emenda não se constituía como impeditivo para a criminalização do sexo privado e consensual entre pessoas do mesmo sexo. A Corte considerou que era uma prática criminalizada em muitos estados da federação e fazia parte da história e da tradição do país, chegando a mencionar que seria um crime infame contra a natureza e pior que o estupro. Vale destacar que os argumentos apresentados pela Corte deixavam claro que a prática de “sodomia” entre

heterossexuais não poderia ser criminalizada, especialmente quando dentro de uma relação matrimonial⁵¹⁵, sendo que a lei não estabelecia qualquer distinção.

A decisão da Corte, ao relativizar a questão para as relações entre pessoas de sexo opostos, apenas reforçou uma lógica de criminalização do “ser homossexual”, além disso, reforçando que o direito à intimidade estava (no que se referia a vida sexual) inacessível aos homossexuais. Considerando que culturalmente já havia uma pré-disposição ao preconceito potencializado pela epidemia da AIDS a marginalização se tornou, em algum sentido, mais “legitimada”, pois havia, supostamente, uma “criminalidade” intrínseca na pessoa LGBTQ+. A decisão seria superada décadas mais tarde (em 2003).

A proibição de cerceamento ou exclusão no acesso à direitos para pessoas LGBTQ+ foi objeto de debate da Suprema Corte, em 1996, no caso *Romer v. Evans*. Versando sobre uma lei do Colorado que proibia que cidades aprovassem leis antidiscriminação, ou seja, vedando a criação de leis que protegessem pessoas homossexuais ou bissexuais. A Suprema Corte entendeu que essa lei era uma violação da proteção igualitária da 14ª Emenda, de modo que estava vedado ao Estado promover diferenciação de pessoas LGBTQ+ para retirar seus direitos (ou os restringir). A Corte entendeu que esses grupos estão amparados pelas proteções constantes nas leis e políticas de aplicação geral, mas a Lei do Colorado privava não apenas direitos especiais, mas impedia que essas pessoas buscassem proteção legal específica. Foi a primeira vez que a Corte reconheceu que as pessoas LGBTQ+ estariam marginalizadas no contexto de um acesso geral à igual proteção legal.

Ainda em 1996, a Suprema Corte estabeleceu, no caso *Boy Scouts of America v. Dale*, que organizações privadas estavam autorizadas a estabelecer regras diferenciadoras (discriminatórias, na verdade) para pessoas LGBTQ+. O caso versou sobre a expulsão de James Dale, em 1990, dos Escoteiros da América por ele ter sido identificado por um jornal como líder da Aliança Lésbica/Gay da Universidade Rutgers. A Suprema Corte dos EUA anulou a decisão anterior da Suprema Corte de Nova Jersey que havia estabelecido que os Escoteiros violaram a lei antidiscriminação do estado,

⁵¹⁵ Assim se manifestou a corte no original: *Paradoxical as it may seem, our prior cases thus establish that a State may not prohibit sodomy within "the sacred precincts of marital bedrooms," Griswold, 381 U.S., at 485, 85 S.Ct., at 1682, or, indeed, between unmarried heterosexual adults. Eisenstadt, 405 U.S., at 453, 92 S.Ct., at 1038. In all events, it is perfectly clear that the State of Georgia may not totally prohibit the conduct proscribed by § 16-6-2 of the Georgia Criminal Code.*

pois, para Suprema Corte dos EUA, interferir na autonomia regulamentar dos Escoteiros seria uma violação da liberdade de associação presente na Primeira Emenda.

Em 2003, a Suprema Corte dos EUA eliminou as leis de sodomia no caso *Lawrence v. Texas*. A Corte passou a entender que a 14ª Emenda garantia direito à vida privada e intimidade sem interferência estatal salvo interesse estatal legítimo que justifique tal ingerência, elemento este ausente na legislação texana. A intimidade e a vida privada das pessoas LGBTQ+, com essa decisão, passou a ter sua proteção constitucional reconhecida, bem como as relações sexuais consensuais entre adultos de mesmo sexo.

A discussão a respeito da igualdade do casamento foi objeto de discussão em *United States v. Windsor* (2013), onde a Suprema Corte afastou a aplicação do *Defense of Marriage Act* – DOMA (traduzível por *Lei de Defesa do Casamento*) de 1996, que definia o casamento como uma instituição entre um homem e uma mulher, para o casal Edith Windsor e Thea Spyer que haviam se casado no Canadá (onde o casamento igualitário é legal) antes de residirem em Nova York, estado que reconheceu o casamento à época. Entretanto, a discussão se deu quando Windsor se tornou viúva e buscou o benefício de isenção de imposto para cônjuge sobrevivente, o que lhe foi negado com base no DOMA.

A Suprema Corte entendeu que a disposição limitante do DOMA violava o devido processo legal e princípios de igualdade de proteção legal, determinando o reembolso do imposto pago. No caso, ficou clara a incompatibilidade da existência de subconjuntos de casamento em razão de tratamento desigual por parte da lei e do sistema, sem qualquer eficiência na prestação do serviço público.

O paradigma foi enfrentado novamente em 2015, no caso *Obergefell v. Hodges*, onde 14 casais homoafetivos e dois homens viúvos de parceiros de mesmo sexo, demandaram judicialmente o reconhecimento do direito das pessoas LGBTQ+ ao casamento igualitário. No entendimento da Corte se configurava violação da cláusula de proteção igualitária da 14ª Emenda a proibição do casamento, bem como o não reconhecimento de casamentos realizados em outros Estados⁵¹⁶. A Corte destaca que, além do aspecto emocional e afetivo do casamento, a discussão envolvia estender os direitos garantidos aos casais de sexo oposto aos casais de mesmo sexo. Além disso, nos

⁵¹⁶ A lógica se aplica tanto na perspectiva do direito interno, dizendo respeito ao casamento celebrado em outros estados da federação estadunidense, como também em uma perspectiva internacional, o reconhecimento do casamento celebrado em outros Estados soberanos.

EUA, o casamento é um status legal, o que reforça a necessidade do tratamento igualitário, que se desdobra em benefícios médicos, de seguridade social, entre outros⁵¹⁷.

A Suprema Corte dos Estados Unidos determinou, em 2015, que os casais do mesmo sexo têm o direito constitucional de se casar. O caso *Obergefell v. Hodges* estabeleceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em todos os 50 estados. Antes dessa decisão, apenas 13 dos 50 estados ainda proibiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo também é legal nos territórios dos EUA: Guam (2015), Porto Rico (2015), Ilhas Marianas do Norte (2015), Ilhas Virgens dos EUA (2015), exceto na Samoa Americana (ILGA, 2019, p. 280).

Nos EUA, a legalização do casamento homoafetivo começou em 2004, quando a Suprema Corte do estado norte-americano de Massachusetts considerou inconstitucional a permissão do casamento apenas para casais heterossexuais. A decisão (datada de 18.11.2003) ganhou força de lei em 17.05.2004 passando a vigorar em todo o território daquele estado (VARGAS, 2014, p. 120)⁵¹⁸. O caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) foi um marco “na arena política e judicial norte-americana”, ao conceder igualdade de proteção e benefícios (como a licença de casamento) que o Estado de Massachusetts negava administrativamente (SILVA, 2018, p. 48).

Considerando a formatação política daquele país, as decisões anteriores à da Suprema Corte dos EUA revelaram uma multiplicidade de posicionamentos, de modo que algumas decisões das cortes supremas estaduais geraram a aprovação de emendas constitucionais, outras políticas duradouras, algumas com resposta favorável da sociedade enquanto algumas resultaram em reação negativa (*backlash*) da população (HUME, 2013, p. 4).

A história testemunha, no contexto do sistema jurídico estadunidense, uma sucessão de acontecimentos que não se pode precisar necessariamente que se configurem como casos de causa e efeito, ainda que seja inegável reconhecer a ocorrência de *backlash* em algumas situações. A luta pelas uniões homoafetivas nos

⁵¹⁷ Cabe ainda destacar que, especialmente considerando a posição central dos EUA no ritmo e construção da cultura global, a decisão da Suprema Corte teve um impacto cultural considerável, reforçando a legitimidade da luta para além de aspectos meramente nacionais.

⁵¹⁸ Considerando a proposta e as limitações da presente pesquisa de tese, não se delineia abordagem sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas os estados membros e supremas cortes estaduais dos EUA. Para um maior aprofundamento do tema, sugere-se a leitura de. *Courthouse democracy and minority rights: same-sex marriage in the states* de Robert J. Hume (2013).

EUA não se deu de forma pacífica, mas como um movimento articulado nas instâncias políticas e jurídicas, relevando momentos acidentados alternando entre ganho e reação de retrocesso, com posterior convalidação da postura progressista – ainda que, com investimento de tempo e muita articulação.

A literatura especializada aponta que “houve reações sociais e institucionais”, como a aprovação de leis em estados norte-americanos buscando negar o direito às uniões homoafetivas. Esse fenômeno motivou a pesquisa de acadêmicos como Klarman (2011) a propor análises sobre o fenômeno *backlash* nessa pauta, afirmando que decisões judiciais sobre temas tão socialmente “sensíveis” poderiam provocar resistência massiva, efeitos maiores e imprevisíveis no âmbito político, como se verificou na ampliação de unidades federativas dos EUA que passaram a proibir expressamente a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo⁵¹⁹ (SILVA, 2018, p. 48-49).

Desde a primeira discussão na Suprema Corte de Minnesota (no ano de 1970) até o reconhecimento da constitucionalidade, em 2015, percorreu-se um longo caminho. Passando pelo reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares nas decisões judiciais nos estados de Nova Iorque e Califórnia, no ano de 1989. É possível identificar casos como o reconhecimento por parte da Suprema Corte do Havaí de que o casamento igualitário não poderia ser negado à casais homossexuais, em 1993, o que gerou como reação dos legisladores do estado para a aprovação de uma emenda constitucional estadual proibindo o casamento gay – situação que foi aprovada pelos eleitores em 1998 com uma expressa proibição constitucional naquele estado.

Em Vermont, a Suprema Corte estadual reconheceu a igualdade da proteção legal de casais homoafetivos perante a Constituição de Vermont, o que levou, no ano 2000, à aprovação de uma lei que equiparava os benefícios do casamento para as uniões entre pessoas do mesmo sexo e em 2009 a legalização do instituto do casamento. Essa progressividade não foi tão clara no estado da Califórnia. Em 2003, o estado aprovou uma lei de parceria doméstica para pessoas homossexuais, garantindo quase todos os direitos e garantias previstos para o instituto do casamento.

⁵¹⁹ Ainda que pareça uma questão problemática, é preciso destacar que mesmo que esses estados anteriormente apenas fossem “silentes” sobre a possibilidade de uniões entre pessoas do mesmo sexo, havia a postura de que essas uniões não eram legítimas. O resultado foi, no que se refere à resultados, uma exteriorização de um conservadorismo que já estava presente no sistema legislativo. Dito de outra forma, o reconhecimento de direito ao casamento por um ou alguns estados não converteu estados que apoiavam a união homoafetiva no silêncio da lei em estados conservadores. É possível dizer que o resultado prático foi simplesmente “tirar do armário” o estados conservadores, o que é estrategicamente produtivo para que os movimentos sociais possam atacar jurídica e politicamente a proibição expressa.

Em 2004, a Suprema Corte da Califórnia anulou os casamentos em pessoas do mesmo sexo realizado no estado. Em 2008, a leitura do caso foi revista, e a Suprema Corte anulou as proibições em face do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Como reação, os eleitores aprovaram uma proibição constitucional do casamento (conhecida como Proposição 8), que foi, em 2010, considerada inconstitucional, o que foi confirmado pela Suprema Corte dos EUA, em 2013.

Em algumas regiões, o casamento igualitário foi aprovado por voto popular, como se deu nos estados de Washington, Maine e Maryland (em 2012). Em outros estados, o tratamento não igualitário levou a um clima de insegurança, o que fez o estado de Oregon, em 2004, interromper a realização de casamentos de qualquer natureza até que o assunto fosse pacificado⁵²⁰.

É válido observar o caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018), quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu (7 votos a 2) que prestadores de serviço poderiam recusar atender determinados pedidos com base na *First Amendment* (Primeira Emenda) que versa sobre liberdade de expressão e livre exercício da religião. No caso em questão, um confeitiro cristão (proprietário da Masterpiece Cakeshop, em Lakewood – Colorado), Jack Phillips, havia se recusado a fazer um bolo de casamento para um casal homoafetivo (Dave Mullins e Charlie Craig) no ano de 2012⁵²¹.

Na ocasião, a *Colorado Civil Rights Commission* (Comissão de Direitos Cíveis do Colorado) considerou que a recusa ofendia o *Colorado Anti-Discrimination Act* (Lei Antidiscriminação do Colorado, em tradução livre) e, em razão disso, emitiu determinações para que a empresa cumprisse⁵²². A padaria, após algumas apelações,

⁵²⁰ Algumas considerações sobre a possibilidade da revogação do direito ao casamento, ou seja, da retirada do casamento como um status legal e de responsabilidade do Estado estão presentes na presente tese, na Parte III.

⁵²¹ Para o proprietário dessa confeitaria os “bolos de casamento continham uma mensagem implícita de celebração e, se ele fosse forçado a fazer bolos para casamentos homoafetivos, seria compelido a emitir uma mensagem com a qual não concordava. Além disso, ele acreditava que a decoração de bolos era uma forma de arte e uma possibilidade de honrar a Deus por meio de seu talento, mas que criar bolos para casamento de pessoas do mesmo sexo desagradaria a Deus. O dono da confeitaria propusera-se a fazer qualquer outro bolo ao casal gay que não de casamento. Ele alegou ainda que o casamento homoafetivo não era reconhecido no Colorado (o que somente veio a ocorrer em outubro de 2014)” o que não seria um problema (a questão do não reconhecimento), pois o casal faria sua celebração em Massachusetts, mas pretendia comemorar com os amigos ali mesmo no Colorado (ROTHENGURG, 2017, p. 162).

⁵²² Conforme esclarece Rothenburg, a Corte apresentou o entendimento que “o ato de conceber e vender um bolo de casamento para todos os consumidores sem discriminação, não transmite uma mensagem de celebração sobre casamentos de pessoas de mesmo sexo capaz de ser compreendida por aqueles que o vissem” e, com isso, não havia violação à liberdade de expressão. É importante acrescentar que a Comissão entende que a Lei Antidiscriminação do Colorado “cria um ambiente hospitaleiro para todos os

levou o caso para a Suprema Corte dos EUA que reverteu a decisão, se limitando a considerar que, no caso, houve ausência de neutralidade religiosa da Comissão (a decisão indica que houve hostilidade da Comissão quanto às crenças religiosas de Phillips⁵²³) e não atacando um debate mais amplo sobre as leis antidiscriminação, o livre exercício da religião e sobre a liberdade de expressão. A decisão, entretanto, em momento nenhum coloca a união homoafetiva como algo a ser reconsiderado, apenas confirmando o entendimento da Corte sobre seu reconhecimento.

Esse tipo de situação, ainda que pouco significativa, em um contexto maior⁵²⁴, gerou uma insegurança quanto ao nível de efetividade dos direitos conquistados pelas minorias e devidamente reconhecidos pela suprema corte do país. Se o uso de direitos fundamentais excludentes (liberdade religiosa ou de pensamento) pudessem ser reforçadores de práticas discriminatórias, se construiria uma possibilidade incontrolável de fundo argumentativo para se perpetuar a marginalização e exclusão de pessoas LGBTQ+.

Entretanto, há que se considerar o caso conhecido como *Arlene's Flowers lawsuit* como conjunto de ações civis⁵²⁵ que envolveram a recusa da floricultura em prestar seu serviço para um casal homossexual (que era cliente recorrente da loja) para seu casamento. Entendeu-se, no caso, que o serviço não estaria protegido pela liberdade de expressão e, mesmo diante de alegações de Barronelle Stutzman (dona da floricultura) de que estava sendo vítima de hostilidade religiosa, não se identificou tal situação.

Inicialmente, em junho de 2018, a Suprema Corte dos EUA tinha determinado o retorno para a Suprema Corte de Washington (para que analisasse o caso à luz da decisão referente ao *Masterpiece Cakeshop case*). Em junho de 2019 a *Washington*

consumidores ao prevenir a discriminação com base em certas características, incluindo a orientação sexual” (ROTHENGURG, 2017, p. 163).

⁵²³ A Suprema Corte considerou que ao comparar as crenças religiosas do padeiro à escravidão e ao holocausto, a Comissão estaria agindo de forma inapropriada e sem a neutralidade esperada de um órgão daquela natureza.

⁵²⁴ Pode-se mencionar um caso similar: o caso da Klein, dba Sweet Cakes by Melissa, v. Oregon Bureau of Labor and Industries, onde o casal Melissa e Aaron Klein, padeiros, se recusaram a produzir um bolo de casamento para duas mulheres lésbicas sob a alegação de que isso feriria suas crenças, pois que segundo o Levíticos 18:22, a união homossexual seria uma “abominação”. O casal foi condenado em uma multa administrativa de cento e trinta e cinco mil dólares, condenação que foi confirmada em primeira instância. A decisão foi contestada na Suprema Corte de Oregon (em 2018), que se recusou a ouvir o caso mantendo a decisão anterior. Apresentando um recurso junto à Suprema Corte dos Estados Unidos (em 2019) esta cassou a decisão do Tribunal de Apelações do Oregon, determinando que analisassem o caso à luz da decisão do caso *Masterpiece Cakeshop vs. Colorado Civil Rights Commission* de 2018.

⁵²⁵ São os casos *Ingersoll v. Arlene's Flowers*, *State of Washington v. Arlene's Flowers*, *Arlene's Flowers v. Ferguson*.

Supreme Court unanimemente decidiu contra Stutzman novamente, não encontrando evidência de ânimo religioso (ou hostilidade) nas decisões, entendendo que a florista havia violado leis antidiscriminação no Estado.

A Suprema Corte dos Estados Unidos ainda não se manifestou claramente sobre o assunto, mas é possível perceber que mesmo diante de uma crescente dos discursos conservadores nos Estados Unidos da América, o Poder Judiciário ainda se comporta no sentido de garantir os direitos fundamentais das minorias.

Esse comportamento das Cortes acompanha o crescimento da aceitação social em favor do casamento homoafetivo, mesmo considerando aspectos religiosos. Em pesquisa realizada pelo *Public Religion Research Institute*⁵²⁶, ficou demonstrado que houve um significativo declínio da resistência religiosa ao casamento homoafetivo nos EUA (ver figuras nos anexos)⁵²⁷. A tendência também se mostrou quando analisado o apoio tendo como critério de análise a aceitação de grupos étnicos comparando a postura da sociedade em 2013 (dois anos antes da decisão da Suprema Corte) e em 2017 (dois anos depois da decisão da Suprema Corte) (ver figura 02, nos anexos)⁵²⁸.

Silva aponta, com base em Klarman (2011), que, ao conseguirem “vitórias” na arena judicial, os beneficiários irão mudar sua agenda, para exigir a implementação da decisão, o que geraria “mais retrocessos do que a decisão abstratamente proferida pela Corte” (SILVA, 2018, p. 49-50). Sobre esse aspecto, de nada adiantaria conseguir vitórias nas Cortes e não obter a fruição ou exercício desses direitos. As considerações apresentadas pelos autores parecem apontar uma “culpa” por parte dos movimentos sociais e indivíduos LGBTQ+, no caso específico, pela ocorrência de eventuais retrocessos – o que é contraditório em essência. A responsabilidade por movimentos de retrocesso e de violação de direitos humano-fundamentais básicos são dos agentes políticos e sociais que demandam pelo retorno do *status quo*. De modo algum fariam sentido promover discussões na arena judicial apenas para fins argumentativos. O ganho

⁵²⁶ O PRRI (Instituto Público de Pesquisa de Religião) se apresenta em seu website como uma organização sem fins lucrativos e apartidária, com objetivo de realizar pesquisas independentes na interseção de religião, cultura e políticas públicas, visando a oferecer subsídios para que seja possível entender melhor os debates sobre questões de políticas públicas e as importantes dinâmicas culturais e religiosas que moldam a sociedade e a política americanas.

⁵²⁷ Ainda carecem trabalhos e pesquisas empíricas dessa natureza na literatura nacional sobre o aumento dos percentuais de tolerância na sociedade, o que parece particularmente necessário para compreender o momento presente marcado pela ascensão de grupos conservadores e contrários aos direitos LGBTQ+.

⁵²⁸ Para analisar de forma detalhada a pesquisa, sugere-se a leitura de *Emerging Consensus on LGBT Issues: Findings From the 2017 American Values Atlas* (VANDERMAAS-PEELER *et al.*, 2018) e do artigo *Most American Religious Groups Support Same-sex Marriage, Oppose Religiously Based Service Refusals* (PIACENZA; JONES, 2017).

democrático na jurisdição constitucional deve ser implementado na sociedade e na vida dos indivíduos, sob pena de não se ter uma Democracia substancial.

7.5. Reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil

O reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil ainda permanece sob o signo da insegurança, e, a despeito de ter sido objeto de apreciação e afirmação na jurisdição constitucional, o direito das pessoas homossexuais de constituir suas famílias em posição de igualdade com as pessoas heterossexuais ainda possui um árduo caminho a ser percorrido.

A interpretação constitucional hermenêutica permite observar que a Constituição não é taxativa quando reconhece os modelos familiares oriundos do casamento, da união estável ou na formatação monoparental. A CRFB/88 não apresenta expressões como “exclusivo”, “apenas”, “com exclusão de qualquer outro modelo”, o que permite entender que a constituição ao reconhecer determinados formatos não está excluindo ou proibindo outros. Nesse sentido, é preciso ler e interpretar a CRFB/88 na sua integridade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com base nisso, reconhece as uniões homoafetivas consolidando (jurisprudencialmente⁵²⁹) esse arranjo familiar no sistema jurídico brasileiro.

As uniões homossexuais, como exposto em outros momentos da presente tese, sempre existiram, apesar do não reconhecimento normativo e social. Como um fato social, essas uniões geravam mútua assistência, cuidado, bem como a construção de uma vida e de patrimônio comuns. Assim, de forma similar à união extramatrimonial heterossexual⁵³⁰, as relações homoafetivas buscaram o Judiciário com o seu fim (fosse pela dissolução pelo fim do afeto ou pela morte), visto que gerava questões jurídicas válidas a serem discutidas⁵³¹.

⁵²⁹ Ainda que pareça redundante o destaque, a sua reiteração é feita intencionalmente para reforçar que se trata de uma positivação não isenta de risco. Apenas jurisprudencialmente tal direito é reconhecido. O *Backlash* é um risco presente pela ausência de um reconhecimento normativo (especialmente constitucional expresso) para atender à tradição liberal que privilegia o Parlamento nesse processo de positivação de direitos.

⁵³⁰ É preciso dizer “similar” e não “igual”, na medida em que, ainda que as relações não matrimoniais entre pessoas heterossexuais também foram objeto de discriminação social e negação de direitos, a marginalização e o preconceito direcionados à comunidade homossexual sempre foi exponencialmente maior, demandando ainda mais luta dessa categoria.

⁵³¹ Sem o reconhecimento da união como família, a única alternativa que se apresentava era o reconhecimento de sociedade de fato, mas essa exigia a comprovação do esforço comum para constituição do patrimônio (o esforço comum só é presumido em uma família). Logo, no mais das vezes, o que ocorria é que o companheiro ou companheira homossexual via o patrimônio construído à dois (ou à duas) sendo apropriado pelos familiares do de cujus (quando este era o titular do patrimônio), quando,

Um marco nesse sentido ocorreu em 1998, com a decisão do TRF 4ª Região na Apelação Cível n. 96.04.55333-0 (julgada pela 3ª Turma), confirmada, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que permitiu a inclusão de companheiro homossexual como dependente em plano de saúde⁵³².

O Poder Judiciário do Rio Grande do Sul reconheceu, em 1999, que os chamados “juizados especializados da família” tinham competência para “apreciar as uniões homoafetivas” merecendo menção por ser “o primeiro grande marco no reconhecimento dessas uniões como entidades familiares”⁵³³ (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 187).

A tendência, até então, no cenário nacional, era discutir esse tipo de demanda no âmbito da Justiça Comum e não da Justiça Especializada (Varas de Família). Como se tratava (normativamente) de uma união de fato, por não se reconhecer naquele arranjo a existência de uma união estável, havia uma grande dificuldade de aferir a existência de união pública, notória e duradoura. Assim, primeiramente, havia dificuldade de se reconhecer a existência da união que, por marginalização social, raramente era “pública e notória” a convivência. Quando era possível reconhecer a existência de uma união duradoura sua apreciação se dava como sociedade de fato, em que os companheiros eram vistos como “sócios” e eles deviam provar sua contribuição para a construção do patrimônio comum para que este pudesse ser dividido, como se lucros fossem da empreitada.

Como as Varas de Família compõem uma *justiça especializada* em razão da matéria, quando um casal homossexual apresentava uma demanda nesse juízo era comum o indeferimento da inicial por carência de ação. A mudança no cenário nacional ocorreu com o perfil progressista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como

normalmente, esses mesmos familiares declaravam que não tinham tal parentesco (com uma *morte social* para a família).

⁵³² Na decisão a então Juíza Marga Inge Barth Tessler, relatora da ação, afirmou que “Não podemos obscurecer ou hipocritamente considerar ou ignorar como a vida e os humanos são. Não somos todos iguais, somos diferentes, e não há na vida nenhuma qualidade tão universal como a diferença, na reflexão de Montaigne. [...] A razoabilidade deve prevalecer, também, para afastar a hipocrisia. Somos uma sociedade hipócrita, aplaudimos a cantores e artistas, símbolos de comportamento andrógino, mas hostilizamos o nosso vizinho, se trouxe um amigo para morar com ele. Transformamos transexuais em símbolo sexual feminino, mas não lhe damos o direito a documentos de mulher, reprovamos o casal lésbico da novela das oito, mas assistimos e toleramos as cenas de violência, o assassinato de crianças e mendigos, o desrespeito com as pessoas mais simples do povo que comparecem a certos programas de auditório. Somos uma sociedade hipócrita, mas aos poucos vamos nos dando conta da falta de razoabilidade e injustiça em nosso proceder”.

⁵³³ Trata-se da decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 599075496, da Oitava Câmara Cível do Tribuna de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em sua ementa dispôs que em se tratando de relações de afeto, mostra(va)-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, tal como se dava nas separações ocorridas entre casais heterossexuais (RIO GRANDE DO SUL, 1999).

visto no processo TJRS – AI 599 075 496, já em grau de recurso, na 8ª C. Civ. Na ação o Rel. Des. Breno Moreira Mussi, afirmou que nas “situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais”.

É possível mencionar as jurisprudências que paulatinamente foram consolidando a visão da união homoafetiva como uma dimensão de família e como um aspecto que está intimamente ligado ao desdobramento de outros direitos, como os direitos sucessórios. Nesse sentido, as primeiras e mais relevantes jurisprudências foram sendo estabelecidas em sede do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul inaugurando um modo de interpretar a lei.

No processo *TJRS – AI 599 075 496*, 8ª C. Cív. Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/6/1999 reconheceu-se que as varas de família era o lugar competente para o julgamento da separação da *sociedade de fato* dos casais de pessoas do mesmo sexo, estabelecendo um precedente de equiparação das relações homossexuais e heterossexuais, visto que ambas envolviam relações de afeto. No ano seguinte, no processo *TJRS – AC 598 362 655*, 8ª C. Cív., Rel. Des. José S. Trindade, j. 01/3/2000 ocorreu um avanço no tratamento jurídico, visto que a instituição formada foi reconhecida como união estável e não mais “sociedade de fato”.

No processo, o TJRS reconheceu a possibilidade de processamento e reconhecimento da união estável entre homossexuais e para tanto, basearam-se nos princípios fundamentais da CRFB/88 que veda discriminação de qualquer natureza. O Tribunal reforçou a necessidade de renovar o tratamento jurídico dessa composição familiar, de modo a destruir preceitos arcaicos e buscando valorizar a “serenidade científica da modernidade”. A decisão considerou importante amadurecer esses conceitos, “para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade”, busca essa reconhecida como um “direito fundamental de todos”.

Seguindo essa onda progressista, no processo *TJRS – AC 70001388982*, 7ª C. Civ. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j., 14/3/2001, o Tribunal reconheceu os direitos sucessórios advindos da união homoafetivas, destacando a resistência ao reconhecimento das uniões homoafetivas e dos efeitos jurídicos produzidos dessas relações como “farisaísmo”. A decisão destacou que o Judiciário não pode ignorar a realidade, ainda que atue com descompasso temporal (esse descompasso foi chamado de “natural atividade retardatória” da atuação judicial), e, para isso, deve buscar sempre “a

aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade”.

Ainda em 2001, no processo TJRS – AC 70002355204, 7ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11/4/2001 reconhece que a convivência entre homossexuais gera direitos previdenciários e patrimoniais, reforçando a competência das Varas de Família e Câmaras Especializadas em Direito de Família para apreciar a matéria. Nesse processo houve a adoção do termo “sociedade de fato”, não se reconhecendo tais uniões como “entidade familiar”, mas sem afastar o reconhecimento dos elementos de afeto e confiança que demandam um tratamento diferente daquele presente no Direito das Obrigações e sim do Direito de Família “que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial”. O Tribunal decidiu que a comprovação da convivência se constituía como um direito legítimo dos conviventes para documentação ou uso em processo jurídico ou administrativo posterior (para discutir efeitos patrimoniais ou previdenciários).

Em 2003, a ação TJRS – EI 70003967676, 4º Grupo de C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 09/5/2003 apresentou que, cumpridos os requisitos para a existência de união estável, ou seja, ocorrência de “convivência duradoura, pública e contínua”, esta deve ser reconhecida para parceiros do mesmo sexo. Além disso, deve assegurar ao companheiro sobrevivente os direitos hereditários. A decisão é relevante por destacar que cabe à Justiça, perante o caso concreto, agir por analogia na lacuna criada pela omissão do Constituinte e do Legislador para reconhecer os efeitos jurídicos da união homoafetiva.

A postura vanguardista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao reconhecer a competência da Vara de Família para julgar litígios provindos das uniões homoafetivas é relevante por se tratar de uma região influenciada pela religiosidade, mas que reconheceu (à luz do Direito) a conjugalidade homossexual e os direitos dos homossexuais. O Poder Legislativo, entretanto, continua relutante em não admitir que a convivência entre pessoas do mesmo sexo pode constituir uma entidade familiar, ocorrendo por isso um vazio legal no tratamento da matéria envolvendo vínculos afetivo-sexuais para pessoas homossexuais. A ausência de lei coloca as famílias homoafetivas em uma realidade de insegurança jurídica, pois seus direitos e existência

jurídica parecem ser ora reconhecidos, ora negados na arena judicial⁵³⁴ (BARANOSKI, 2016, p. 84).

No ano 2000, como destacado, a 8ª Câmara Civil do TJRS entendeu que a ação de reconhecimento de união estável entre homossexuais era dotada de possibilidade jurídica do pedido, considerando para isso princípios constitucionais que vedam a discriminação. Em 2005, a Ação Civil Pública n. 2005.61.18.00028-6, na Subseção Judiciária Federal de Guaratinguetá em Taubaté-SP, proposta pelo Ministério Público, visava a permitir o casamento entre homossexuais, mas o pedido liminar foi negado alegando que o tema (estado de casado) implica consequências de ordem moral e relações jurídicas não podendo ser decidida em sede de liminar. Também em 2005, a Vara da Infância e da Juventude de Bagé – RS concedeu adoção de duas crianças (que eram irmãs biológicas) a um casal de mulheres que mantém uma relação homoafetiva, sendo que cada uma das crianças já havia sido adotada por uma das companheiras. A decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano seguinte (2006) pelo acórdão 70013801592 da 7ª Câmara Cível em decisão unânime (BARANOSKI, 2016, p. 96).

O ano de 2005 também foi marcado pela decisão com abrangência nacional da 6ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região que na AC 2000.71.00.009347-0/RS condenou o INSS⁵³⁵ a: a) considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados (as) do Regime Geral de Previdência Social (artigo 16, I, da Lei 8.213/91); b) possibilitar a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, no próprio INSS, a ser feita pelo segurado(a) empregado(a) ou trabalhador(a) avulso(a); c) possibilitar que a inscrição de companheiro ou companheira seja feita *post mortem* do segurado(a), diretamente pelo dependente, em conformidade com o artigo 23, I, do Decreto 3.048/99;

⁵³⁴ É uma das principais razões que a construção de uma teoria da decisão jurídica aplicada ao poder criativo da jurisdição constitucional em defesa do reconhecimento dos direitos fundamentais de minorias se faz tão importante. O judiciário, caso não exista uma construção hermenêutica e vinculativa transgeracional suficiente e efetiva, pode se tornar um potencial agente de *backlash* de suas próprias decisões. O não reconhecimento da inarredabilidade do direito dos homossexuais de constituírem famílias poderia ser, para atender interesses políticos-religiosos e de um conservadorismo reacionário, novamente levado à discussão, questionado e revisto pela Corte Constitucional declarando a união homoafetiva como inconstitucional. Obviamente tal retrocesso se daria aos arripios da democracia e da Justiça (como se descreve na Parte III da presente Tese).

⁵³⁵ A primeira condenação aconteceu anos antes pela 17ª Vara Federal de Porto Alegre, o que com que a autarquia previdenciária, forma de assegurar o cumprimento da decisão editasse a Instrução Normativa n. 25, de 07 de junho de 2002, estabelecendo procedimentos que incluíssem companheiros homossexuais como dependentes. Lima destaca que “o INSS assentou o direito independentemente da data do óbito, ainda que em momento anterior ao período estabelecido ao julgado da ação civil pública, de sorte que anuiu aos seus termos” (LIMA, 2017, p. 376-377).

d) passar a processar e deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros(as) do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/91), sem exigir nenhuma prova de dependência econômica; e) possibilitar a comprovação da união entre companheiros(as) homossexuais pela apresentação dos documentos elencados no artigo 22, § 3º, incisos III a XV e XVII do Decreto n.º 3.048/99, bem como por meio de justificação administrativa (artigo 142 a 151 do mesmo Decreto), sem exigir qualquer prova de dependência econômica (BRASIL, 2005).

Em 02 de setembro de 2008, a 4ª Turma do Tribunal Superior de Justiça no Recurso Especial n. 820.475 – RJ (2006/0034525-4) decidiu que não há proibição expressa na CRFB/88 quanto à possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. A ação foi ajuizada na 4ª Vara de Família de São Gonçalo – RS pelo agrônomo brasileiro Antônio Carlos Silva, objetivando, principalmente, que seu companheiro, o canadense Brent James Townsend, pudesse pedir visto permanente como estrangeiro residente no Brasil com base na união estável (de mais de 20 anos) entre eles. Extinta em primeira instância sem análise do mérito (sob alegação de carência de ação por falta de interesse processual), o casal recorreu chegando o caso ao Superior Tribunal de Justiça que proferiu a decisão que norteou outras propostas que se seguiram justificando “a aquisição de direitos em razão da afetividade e não apenas por questões contratuais” (BARANOSKI, 2016, p. 85-86).

Ainda sobre esse caso, Vargas observa que o reconhecimento, por 3 votos a 2, foi o primeiro caso em que o Superior Tribunal “posicionou-se no sentido da viabilidade da discussão do caráter familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo”, ainda que já tivesse analisado em casos anteriores questões de cunho patrimonial para esse tipo de união (VARGAS, 2014, p. 67).

O ano de 2010 foi paradigmático para o reconhecimento dos direitos homoafetivos na perspectiva da homoparentalidade. Em 27 de abril daquele ano, no Recurso Especial 889.852-RS, concedeu-se, para uma pessoa homossexual, a adoção de duas crianças (irmãos biológicos) já adotadas pela companheira. O STF fundamentou sua decisão no direito à convivência familiar das crianças e na existência de uma lacuna legal que não prevê a inclusão do nome de companheiro do mesmo sexo como adotante. A lacuna não poderia se constituir como óbice para o dever do Estado em proporcionar proteção para crianças e adolescentes. Em agosto do mesmo ano, o Supremo Tribunal

Federal garantiu o direito de união homoafetiva em conjunto (como casal) no cadastramento junto aos registros de adotantes, sem limitação de sexo ou idade da criança ou adolescente. Na decisão, o STF negou provimento ao recurso interposto pelo MP-PR que pretendia manter a decisão de 1º grau que limitava ao casal adotar apenas crianças ou adolescentes do sexo feminino e com faixa etária a partir dos 10 anos, limitação essa que foi considerada discriminatória (BARANOSKI, 2016, p. 86)⁵³⁶.

Eis que, em 05 de maio de 2011, se realizou o julgamento histórico no cenário nacional pelo Supremo Tribunal Federal estendendo à união homoafetiva o status de entidade familiar “equiparando-a juridicamente à união estável entre homem e mulher”, decisão que foi proferida em sede de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, n. 132/08 e, por conexão processual, uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, de n. 4.277/09 (VARGAS, 2014, p. 105-106).

As ações envolviam o “reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher” e, nesse sentido, “que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo”. O julgamento procedente, das duas ações, com “eficácia erga omnes”, por atingir a todos os cidadãos em situação de união homoafetiva, e com “efeito vinculante” para todos os demais órgãos do Poder Judiciário fazendo com que todas as decisões de demandas propostas no Judiciário, que discutissem o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, passariam a ser decididas conforme estes julgados (BARANOSKI, 2016, p. 88). A decisão conjunta estabeleceu um rol valorativo norteador para o reconhecimento de um Direito de Família adequado aos avanços sociais e civilizatórios visíveis no Brasil e no Mundo.

A ADPF n. 132/08 foi movida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e a ADIn n. 4.277/09 foi movida pela Procuradoria Geral da República, ambas em resumo pedindo o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e sobre a qual se estendessem os direitos garantidos à união estável (heteroafetiva), nos termos do Artigo 226, § 3º da CRFB/88 e Artigo 1.723 do Código Civil.

Com a proposição da ADPF, o governador Sérgio Cabral buscou atacar a interpretação de dispositivos do Decreto-Lei n. 220/75 (Estatuto dos Servidores

⁵³⁶ Como destacado o foco da pesquisa não está voltando para as relações de filiação e parentalidade de casais homossexuais, entretanto as decisões são significativas para o reconhecimento da união homoafetiva pois representaram a consolidação de uma visão não discriminatória dessas uniões, vendo-as como células dotadas de afetividades e dotadas de dignidade.

Públicos do Estado do Rio de Janeiro), defendendo que o referido diploma feria direitos de servidores homossexuais ferindo preceitos fundamentais da Constituição por desconhecer a possibilidade de se equiparar a união homoafetiva à heteroafetiva.

Com a proposição da ADI, a Procuradoria Geral da República buscava a declaração da Suprema Corte Brasileira do caráter familiar da união homoafetiva de modo a garantir à essas uniões os direitos garantidos à união estável (heterossexual).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, versando sobre o reconhecimento da união homoafetiva como união estável (sendo a união homoafetiva um instituto jurídico), foi proposta pelo Procurador Geral da República, em julho de 2009, com julgamento quase dois anos depois, em 2011. A ADIn teve como relator o Ministro Ayres Britto. A procedência da ação deu-se por votação unânime, com o voto favorável de 9 dos 11 ministros⁵³⁷ (WAGNITZ, 2014, p. 59).

Cabe observar que a base argumentativa, as justificativas e os fundamentos constitucionais divergiram entre os ministros, ainda que tenha se tratado de uma decisão unanimemente favorável. As decisões podem ser divididas em dois blocos argumentativos: (i) *a existência de um silêncio normativo* no Artigo 226, § 3º, sobre proibição de outros modelos de família, permitindo-se entender que ao reconhecer a família pelo casamento, pela união estável e a família monoparental, a CRFB/88 estaria apresentando um rol exemplificativo e não taxativo. Nesse bloco argumentativo se encontra o voto do Min. Ayres Britto e os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello o seguiram; (ii) *a presença de uma lacuna legal e valorativa* na CRFB/88 ao não amparar as uniões homoafetivas, de modo que seria preciso não se pautar pelo Artigo 226, § 3º⁵³⁸ considerando-se, entretanto, que a união homoafetiva integra um conceito mais ampliado de entidade familiar, não se podendo afirmar que a união homoafetiva e a união heteroafetiva são iguais e sim similares, devendo ambas serem protegidas. Nesse segundo bloco argumentativo se encontram os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (WAGNITZ, 2014, p. 59-60).

⁵³⁷ Votaram favoravelmente os ministros: Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso e o Relator Ministro Ayres Britto. Cabe destacar que a Min. Ellen Gracie estava ausente e o Min. Dias Toffoli impedido.

⁵³⁸ Segundo a interpretação desse bloco argumentativo o dispositivo seria categórico ao afirmar que a união estável é apenas entre um casal heterossexual, já que o texto constitucional afirma: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O STF se manifestou no sentido de que a interpretação hermenêutica que estendeu às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico aplicável às uniões estáveis entre pessoas de gênero distinto justifica-se e se legitima “pela direta incidência, entre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica” bem como do “postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República” (como se lê no Artigo 1º, III, e Artigo 3º, IV), que devem ser entendidos como “fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador a qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie de gênero entidade familiar” (STF, 2011).

A decisão do STF, ao dar procedência aos pedidos, firmou a interpretação conforme a CRFB/88 com especial destaque “aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da proibição de discriminações odiosos [sic] e da efetivação da segurança jurídica” (VARGAS, 2014, p. 106). Além disso, cabe acrescentar que a decisão reforça o “respeito à pluralidade da organização familiar trazida pelo texto constitucional, em que a natureza jurídica do casamento se difundiu” de modo a abandonar uma visão puramente contratual para reconhecer-se “como uma instituição social pautada em valores superiores aos que estão previstos no conteúdo das leis, como o companheirismo, a solidariedade, a ajuda mútua e, sobretudo o afeto”. O reconhecimento do afeto possibilita a abertura para uma maior aceitação e reconhecimento de “novos” arranjos familiares (GALDINO *et al.*, 2019, p. 428-429).

O julgamento do STF salientou “o dever estatal decorrente do conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, de prover o exercício destes direitos com medidas de proteção”. A inexistência de previsão legal (por parte do Legislador) “produz uma situação em que não há proteção minimamente adequada em face da discriminação”, de modo que atuação da Corte Constitucional se constituiu como “uma verdadeira obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças e à liberdade de orientação”. O Parlamento (e o Estado Brasileiro em uma dimensão mais ampla) incorre em violação do direito fundamental à proteção, em razão da ausência de proteção estatal para as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, a atuação do STF reforça a laicidade estatal, pois “impede que concepções morais religiosas particulares detenham o Estado em seu dever de proteção aos direitos

fundamentais, como acontece no direito à liberdade de orientação sexual” (RIOS, 2013, p. 13).

Ainda que se configure como uma designação controvertida, a positivação da “afetividade” como elemento de legitimação da demanda pela conquista de direito foi aspecto bastante destacado na positivação do direito à união homoafetiva juridicamente reconhecida, representando “uma conquista sem precedentes para a garantia dos direitos às populações LGBT[Q+] brasileiras”. O Brasil, de modo peculiar, a adoção das ideias de afeto e amor se apresentam como fenômeno peculiar de justificação para efetivação de direitos, além da utilização do termo “homoafetividade” (termo que parece ser exclusivo do Brasil) em documentos oficiais para identificar as relações homossexuais. O uso do termo como aspecto discursivo e jurídico, destaca uma vertente do movimento LGBTQ+ luta pelo “direito de amar” (COSTA; NARDI, 2015, p. 138)⁵³⁹.

O STJ julgou, no Recurso Especial 1.183.378/RS, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, em 25 de outubro de 2011, um pedido de conversão de união estável de duas mulheres lésbicas em casamento civil que residiam no Rio Grande do Sul. Dando provimento contra o Ministério Público daquele Estado a Quarta Turma decidiu favoravelmente à conversão por quatro votos a um, sendo favoráveis os Ministros: Marco Buzzi, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e o presidente e relator Min. Luis Felipe Salomão, sendo o Min. Raul Araújo vencido no mérito. O STJ destacou que a CRFB/88 inaugurou “uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento” adotando o reconhecimento do “poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’”, com especial proteção Estatal. O posicionamento da Corte, nesse debate, é pelo reconhecimento que “não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como única via para a constituição de família” que “deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias”. O casamento, para o STJ, não é o destinatário da proteção estatal “mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade” (STJ, 2011).

Em 14 de maio de 2013, tendo como presidente o Min. Joaquim Barbosa, o CNJ votou e aprovou a Resolução 175, estabelecendo em seu artigo 1º que “É vedada às

⁵³⁹ Os autores (e aqui também se inclui Roger Raupp Rios) problematizam o uso do termo homoafetividade e afetividade como forma de reduzir impasses políticos para uma formatação mais palatável de discurso. A observação, ainda que seja interessante em uma perspectiva sociológica parece ter pouca relevância para a discussão aqui desenvolvida.

autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável”. Essa norma foi editada com apoio de catorze dos quinze conselheiros do órgão de fiscalização e controle. Com isso os cartórios brasileiros e os Ministérios Públicos das Unidades da Federação passaram a ser obrigados a habilitarem casais homossexuais para o registro do casamento civil, como estava estabelecido por decisões pregressas do STF e STJ.

As decisões do STF e STJ geraram discussões por parte de juristas, membros do Poder Público e sociedade civil, mas com a referida resolução aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu-se que as “autoridades competentes de todo o Brasil não podem recusar a celebração de casamentos civil ou a conversão em casamento da união estável relacionados a pessoas do mesmo sexo” (BARANOSKI, 2016, p. 89). A medida pode ser entendida como uma forma de fortalecer e “blindar” o direito a constituir família como um direito legítimo para pessoas homossexuais em face de *backlashes* institucionais com a recusa dos cartórios (por questões ideológico-religiosas de conservadorismo reacionário) em oferecer resistência ao *progresso jurídico*.

Essa resolução, como uma decisão histórica, veio pacificar uma celeuma interpretativa criada ao redor da união homoafetiva e seu reconhecimento pelo STF e STJ, também como uma resposta aos lobbies políticos realizados pela bancada evangélica no Congresso Nacional (VARGAS, 2014, p. 161).

A medida foi criticada por membros conservadores da sociedade civil e por juristas com o argumento que o CNJ não poderia “legislar”. Em razão disso, e gerando novas polêmicas, a Resolução 175 foi alvo do Mandado de Segurança 32.077 impetrado pelo Partido Social Cristão, sob a alegação de que a Resolução feria o Artigo 22, inciso I, da CRFB/88 que estabelecia a competência exclusiva da união para legislar sobre matéria de Direito de Família e de Direito Civil, devendo se dar esse reconhecimento via lei ordinária como estabelecido pelo Artigo 59 e ss da CRFB/88. O MS exigia que a vigência da Resolução 175 fosse suspensa, especialmente enquanto fosse discutida a constitucionalidade da mesma. Cabe destacar, entretanto, que o Min. Luiz Fux, extinguiu a ação sem julgamento do mérito, pois um mandado de segurança se presta a ser um remédio contra fato concreto, e não contra disposição abstrata, matéria essa inclusive sumulada (Súmula 266⁵⁴⁰) pelo STF (VARGAS, 2014, p. 162-164).

⁵⁴⁰ A Súmula 266 afirma que “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

Ainda que tenha sido alvo de críticas por parte de grupos e pensadores mais conservadores e até mesmo de visão tacanha dos contemporâneos horizontes do Direito, as resoluções do CNJ possuem completo respaldo de constitucionalidade. Quando o Partido Social Cristão atacou a resolução via MS alegou que o Poder Judiciário estaria, via CNJ, invadindo a competência do Legislativo atuando com um poder que (de forma inadequada) nunca lhe teria sido dado pelo ordenamento jurídico. Fábio de Oliveira Vargas critica essa visão limitada, demonstrando que “esse entendimento é por demais estreito, parecendo desconhecer toda a discussão que vem sendo travada e decidida pela Suprema Corte desde a Emenda Constitucional de 45” (VARGAS, 2014, p. 165).

A constitucionalidade das resoluções do CNJ já foi objeto do julgamento da ADI 3.367 pelo STF que, na ocasião, reconheceu a constitucionalidade do órgão recém-criado afastando as alegações de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, considerando que fazia parte da própria estrutura do Poder Judiciário. A decisão da Corte permitiu entender que é possível que novos arranjos institucionais se façam entre os poderes, contanto se mantenham condições de atuação imparcial e independentes (MEDEIROS, 2008, p. 203)⁵⁴¹.

É possível argumentar que a postura do CNJ, ao regulamentar a obrigatoriedade do registro do casamento para casais de mesmo sexo, foi semeada por uma postura “ativista” do Poder Judiciário e como decorrência da *judicialização* do tema. Com a ampliação do acesso à justiça⁵⁴², a falta de uma instrumentalização da via extrajudicial

⁵⁴¹ É válido considerar a ementa: “Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. CNJ. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, caput, I, r, e 103-B, § 4º, da CF. O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.[ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, DJ de 22-9-2006.]”.

⁵⁴² A ampliação do acesso à justiça não deve ser interpretada como um elemento ruim, mas potencializa a judicialização de demandas. A negativa dos cartórios, em razão da inexistência de uma norma

com normas adequadas para a interpretação constitucional construída no STF (“após longo e árduo debate”) implicaria abarrotamento do Judiciário por parte dos casais homoafetivos buscando o reconhecimento de sua união com a formalização do casamento. O CNJ, nesse sentido, qualificou, instrumentalizou e garantiu a efetividade dos direitos já garantidos pela via judicial, atuando em paralelo com o STF e em obediência ao princípio da eficiência. É reconhecível que a atuação do órgão, “além de concretizar direitos e igualdade, torna todo o procedimento muito mais célere e econômico para milhares de pessoas” (FACCENDA, 2017, p. 226-227).

Um ponto que não pode ser ignorado é que o Brasil, ao aderir aos Princípios de Yogyakarta, reconhece (por meio do princípio 24) o direito de constituir família, independente da orientação afetivo-sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. Também reconhece, por meio do mesmo instrumento que, os Estados deverão “a) [t]omar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família [...], sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero” (CORRÊA; MUNTARBHORN, 2007, p. 30 – grifos não constam no original). Logo, é inegável que a atuação do CNJ estaria amparada, ainda que minimamente, em compromisso internacional do Estado Brasileiro.

Por fim, é válido destacar o reconhecimento da união homoafetiva como patrimônio cultural da Humanidade. Dia 12 de dezembro de 2018 o Supremo Tribunal Federal recebeu do Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco⁵⁴³ o certificado MoWBrasil 2018, pelo reconhecimento da união homoafetiva e pela garantia dos direitos fundamentais aos homossexuais. A decisão fica registrada como patrimônio documental da humanidade no Registro Nacional do Brasil. Esse certificado, ainda que tenha um efeito puramente simbólico, representa o reconhecimento de uma instituição internacional (UNESCO) pelo avanço representado pela decisão contra a intolerância, pela promoção de direitos fundamentais, pela igualdade, respeito às minorias, à diversidade e o direito a buscar a felicidade.

orientadora, poderia motivar a demanda de casais interessados por meio de seus advogados ou, no caso de pessoas hipossuficientes, pela Defensoria Pública, ou ainda pelo Ministério Público (ao entender a relevância de interesses coletivos), também provocadas por associações, coletivos de pessoas LGBTQ+, entidades acadêmicas que atuam sobre o tema, entre outros.

⁵⁴³ Esse programa promove a preservação e o acesso ao patrimônio documental (na modalidade de arquivos e bibliografias) da humanidade, tendo sido inaugurado em 2007. Entre outros documentos arquivados se encontra a Lei Áurea.

A lição de Fernando de Brito Alves é salutar quando destaca que a validade das instituições democráticas está em sua capacidade de oferecer um suporte operativo ao Estado de Direito, que, conforme o autor, aos poucos, se naturaliza. As instituições democráticas devem produzir um consenso substantivo sobre uma formatação justa de organização estatal (o que não se resume a mera concordância). Cabe a essas instituições contribuir “para a formação de uma nova convicção política”. O sentido filosófico do princípio democrático, ainda segundo Alves, está diretamente ligado à conciliação entre “os ideais republicanos da participação política e da virtude cívica” (que devem incluir também liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade) com uma concepção de liberdade que não seja puramente liberal (ALVES, 2014, p. 27). As Cortes Constitucionais atuam orientadas por essa visão democrática substantiva que garante às pessoas homossexuais uma liberdade na constituição de suas famílias sem intervenção injusta do Estado.

É certo que o reconhecimento junto ao Supremo Tribunal Federal de que as uniões homoafetivas existem com perfeito amparo constitucional, para além dos resultados práticos (jurídicos), ainda carrega consigo um forte apelo simbólico para a população homossexual⁵⁴⁴. Não há dúvidas de que o efeito pedagógico do reconhecimento judicial pode trazer resultados lentos, mas reflete fortemente sobre os indivíduos amparados⁵⁴⁵. Essas uniões existem, e essa segurança de sua existência, parafraseando Fiódor Dostoiévski⁵⁴⁶, torna essas famílias capazes de suportar sofrimentos e tormentos que uma sociedade conservadora e reacionária possa oferecer. Esse amparo, entretanto, continua sendo ameaçado.

⁵⁴⁴ Sugere-se a leitura do artigo de Claudia Rosane Roesler e Paulo Alves Santos, “Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas” (2014), que indica que os dados coletados e analisados de 11/01/2003 a 31/12/2010 (ou seja, cobrindo um período anterior à decisão do STF), identificando apenas 07 (sete) registros em 2003 enquanto 2010 a matéria foi pautada 45 vezes. A pesquisa indica, por parte da jurisprudência oscilação de posicionamentos que iam desde a identificação das uniões como um “nada jurídico” até o reconhecimento das uniões por analogia, o que gerou em praticamente uma década e com a constitucionalização do direito privado uma maior procura pelas arenas jurídicas para disputa desse tema nas pautas nacionais.

⁵⁴⁵ Como colocado por Martín Sánchez a postura do Legislador é salutar na forma como uma sociedade se desenvolverá a respeito da temática de minorias e grupos vulneráveis. Sanchez afirma que o nível de aceitação e integração da convivência homossexual em uma sociedade é resultado, em definitivo, do tipo de regulação jurídica adotada pelo legislador (2016, p. 222). Assim, se é possível reconhecer o caráter pedagógico e simbólico da produção legislativa, não há como negar ou minimizar a importância pedagógica e simbólica da agregação do reconhecimento da união homoafetiva via controle concentrado de constitucionalidade pelas Cortes Constitucionais que, ao fazê-lo, incorporam tais direitos no seio de um determinado sistema jurídico e, potencialmente, em outros por efeito reflexo.

⁵⁴⁶ Referência à passagem de *Os Irmãos Karamazov*: “Com toda a força que sinto em mim, creio-me capaz de suportar todos os sofrimentos, contanto que me possa dizer a cada instante: ‘eu existo!’. Entre tormentos, crispado pela tortura, mas existo! Exposto ao pelourinho, eu existo apesar de tudo, vejo o sol e, se não o vejo, sei que está lá. E saber isso já é toda a vida” (DOSTOIÉVSKI, 2012).

7.6. As Cortes Constitucionais e a função da jurisdição constitucional na defesa dos direitos de minorias: o casamento igualitário

Reconhecer a autoridade democrática das Cortes Constitucionais em positivar o direito de constituir família para pessoas homossexuais (o que reflete tanto no direito ao casamento como de qualquer configuração de constituição familiar reconhecida pelo Estado) pode ser estabelecida a partir de, como afirma Conrado Hübner Mendes, de “uma combinação de razões procedimentais (*input*) e de razões substantivas (*output*)”. Com isso, se quer dizer que existem tanto “razões que se justificam por que um ator político decide alguma questão por meio de certo procedimento num determinado momento”, como também por “razões que justificam o conteúdo da decisão em si” (2008, p. 45).

Barroso destaca que o Direito, próximo da Ética, é um “instrumento de legitimidade da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana”. A partir disso, discorre que o Direito e Política não se confundem⁵⁴⁷, mesmo que a linha divisória entre ambos não seja exatamente objetiva, o que torna necessário superar uma visão de objetividade plena do ordenamento jurídico e de neutralidade absoluta do intérprete⁵⁴⁸ (BARROSO, 2012, p. 29).

⁵⁴⁷ Ainda que Direito e Política não se confundam, não se pode negar que o Direito é dotado de função política. A partir disso, é válido destacar a correlação entre política e Direito que, para Barroso, envolve compreender que: (i) o Direito é criado como um produto da “vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis”; (ii) a aplicação do Direito “não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos”; (iii) juízes possuem memória e desejos, possuindo inconsciente próprio e ideologia – o que torna os juízos de valor formulados com alguma interferência de sua subjetividade (BARROSO, 2012, p. 29). A preocupação, portanto, está em reconhecer uma legitimidade argumentativa da positivação de direitos por meio do controle de constitucionalidade em uma perspectiva democrática (que possa receber a blindagem do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais) que não seja maculada por uma mera “discricionariedade” dos julgadores, mas que seja fruto de uma hermenêutica constitucional que confira coerência e integridade ao sistema democrático-constitucional.

⁵⁴⁸ Barroso, ao defender que Direito não se confunde com Política, discorda da leitura de que “a superestrutura jurídica” pode ser conformar como “uma instância de poder e dominação”. O autor também critica a ideia de que instituições detentoras de poder possam submeter a noção do que é correto e justo de acordo com a sua vontade (2012, p. 29). Diverge-se, entretanto, da leitura estrita do autor. O Direito, mesmo não se confundindo com política, pode ser utilizado como ferramenta de poder político determinando e dominando a noção do justo e do correto. Ao constitucionalizar um princípio ou valor, o Direito atende à um propósito político de elevação de importância para um determinado conceito ou instituto. Ao criminalizar determinada prática (por exemplo, as relações sexuais homossexuais, ou qualquer modalidade sexual que não seja a tradicionalmente praticada por pessoas heterossexuais) se está afirmando, com o instrumental do monopólio da violência detida pelo Estado, que essa prática é errada e, portanto, criminoso. Ignorar essa dimensão de influência política e ideológica do Direito impede uma leitura clara e atual da função política do Direito na democratização da fruição de status cidadão de minorias como a população LGBTQ+.

O papel da CRFB/88, dentro dessa dinâmica, envolve relacionar os universos político e jurídico, de modo a “submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social”. Nesse sentido, a interpretação constitucional não pode prescindir de uma dimensão política devidamente “balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico vigente”, o que não admite, portanto, “escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas”. Logo, o constitucionalismo não coaduna com faccionismos e, desse modo, a “liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria”. Ao afirmar que a “decisão judicial jamais será política” se está afirmando que não se trata de livre escolha discricionária, mas da busca pela interpretação “que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto”, o que implica o dever de motivação fundamentada na argumentação racional e persuasiva. Esse traço da decisão fundamentada em argumentos persuasivos e racionais é distintivo da função jurisdicional (destacadamente da jurisdição constitucional) conferindo a ela uma legitimação específica (BARROSO, 2012, p. 29)⁵⁴⁹.

O receio de perversão do controle judicial de constitucionalidade (mesmo que provado ser uma fórmula adotada com grande sucesso pelo mundo) reside no risco de que se estabeleça “um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos”. Para evitar isso (inclusive mantendo a legitimidade democrática da jurisdição constitucional⁵⁵⁰) ao Judiciário cabe: (i) agir em nome da CRFB/88 e das leis, não por

⁵⁴⁹ Não se pode olvidar que a CRFB/88 “traz essa possibilidade como norma descrita no art. 5º, § 2º, reconhecendo a existência de um catálogo aberto de direitos materialmente fundamentais” (COSTA; STRAPAZZON, 2014, p. 26). O que se está a propor, nesse aspecto, é “um aprimoramento dos meios jurídicos para o melhor alcance do cidadão, para que este possa usufruir de uma dignidade de vida” que para isso deve possuir “liberdade para formar sua família de acordo com os laços afetivos que o impelem”. Considerando que a família sempre constituirá a base de um indivíduo e sua relação com a sociedade, é preciso acreditar que elas (as famílias e arranjos familiares) possuem virtudes e valores maiores transmitindo-os aos seus membros (como respeito mútuo, amor, felicidade, entre outros) “e só o próprio indivíduo pode decidir em qual estrutura familiar ele poderá” alcançar seus objetivos de vida. A sociedade transformou-se no decorrer do tempo, partindo de um modelo patriarcal para um formato de família que é uma “entidade plúrima repleta de diferentes facetas” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p.179).

⁵⁵⁰ O Tribunal Constitucional é um importante agente político para a Democracia (ainda que não possa ser considerado o centro ou o protagonista do processo de construção democrática), e, seguindo os ensinamentos de Cappelletti (1993), André Ramos Tavares defende que o Judiciário constitui um perfeito paradigma de Democracia em comparação com lideranças executivas e legislativas (ainda que estes sejam considerados como diretamente responsáveis perante o povo). Afirma o autor que o Direito judicial possui natureza dialógica (dialogal, dialogada), o que corresponde ao anseio da legitimidade democrática (que pressupõe o diálogo para a tomada de decisão) por sua inclusão participativa prévia ao processo decisório, visto incluir a possibilidade de participação de grupos minoritários ou politicamente excluídos promovendo a Democracia. É válido observar, nesse sentido, que em sede do controle concentrado de constitucionalidade se abre a implementação de uma dimensão representativa para a Democracia,

vontade política própria; (ii) ser deferente para com as *decisões razoáveis* tomadas pelo Parlamento, presumindo a validade das leis; (iii) ter em foco que exerce (mesmo que não por eleição) um poder representativo (emanado do povo e em seu nome deve ser exercido), buscando atuar, na medida do possível, em sintonia com o sentimento social – não sendo, entretanto, uma atuação populista e sim ciente que deverá agir de modo contramajoritário na conservação e promoção dos direitos fundamentais como condição de funcionamento do constitucionalismo democrático⁵⁵¹. À luz de tais considerações, a intervenção judicial atua a favor e não contra a Democracia quando sana omissões legislativas ou invalida leis inconstitucionais – situações em que a decisão é jurídica e não política⁵⁵² (BARROSO, 2012, p. 29-30).

Tavares, em consonância com o pensamento de Usera (1988), referencia que a necessidade de proteção constitucional jamais poderia receber a pecha ou a acusação de antimajoritário⁵⁵³ ou antidemocrático por ser o Tribunal Constitucional dotado de legitimidade concedida por uma maioria pretérita e constituinte e, portanto, superior em poder e legitimidade que qualquer maioria presente (ou eventual). Além disso, Tavares assevera, com aporte em Brito (1995), que o princípio democrático se limita a si mesmo por força da Constituição (determinada pelo princípio democrático e soberano), o que coloca o legislador constitucional em posição superior ao legislador ordinário, ficando este sob o controle e limitação da constitucionalidade (orgânica, formal e material) das leis ordinárias (TAVARES, 2005, p. 500-501). Poder-se-ia acrescentar a limitação até na produção de Emendas Constitucionais.

considerando-se a crucial contribuição de pessoas e entidades legitimadas a representar setores da sociedade (TAVARES, 2005, p. 559-560). Logo, a capacidade da Corte Constitucional enfrentar modificações da Constituição, segundo Tavares, ressalta do fato de que o ideal de Justiça prevalecente deve estar a salvo de maiorias eventuais (que muitas vezes são articulações de interesses conjunturais) e de maiorias qualificadas que pretendem não apenas subjugar minorias, buscando resguardar o interesse geral coletivo e solidário. Ainda que se trate de um argumento de autoridade política, é fato que o STF reiteradamente afirma sua posição como guardião das minorias aspecto reconhecido pela Corte como um “elemento imprescindível” para a plena legitimação do Estado Democrático de Direito (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 129-130).

⁵⁵¹ É importante destacar que não se adota a crença de que a atuação legítima das Cortes é sempre contramajoritária. Aqui as análises estão explicitando a legitimidade dessa atuação quando não há uma “presunção de legitimidade” por observar o que já foi majoritariamente estabelecido (pelo Parlamento, por exemplo). A atuação “conservadora” para temas que não envolvem as minorias e os grupos vulneráveis dentro de uma discussão democrática sobre direitos humano-fundamentais estarão, no mais das vezes, ligados às tendências de manutenção e deferência à regra majoritária. Cabe ainda destacar que também não se defende que o STF seja, essencialmente, contramajoritário, atuando como um conservador do “status quo” político. Ver Pogrebinschi (2011).

⁵⁵² O que não afasta os necessários reflexos políticos da decisão jurídica para a democracia.

⁵⁵³ Aqui se está fazendo referência à maioria soberana originária e fundadora do Estado Constitucional.

A discussão não é nova e envolve uma superação de paradigmas dentro do próprio Direito. Existem juristas renomados⁵⁵⁴ que adotam uma postura resistente e que têm advogado fortemente contra a decisão do STF sobre as uniões homoafetivas assumindo uma visão limitada (com argumentos hermenêutico-teóricos que demandam superação para a efetividade da Ciência Jurídica no país). Galdino *et al.*, ao adotarem uma postura de desconfiança quanto ao papel político das Cortes, apontam que a atuação da via judicial, de forma irrestrita e integral, mesmo como via de consagração de anseios populares (destacadamente de minorias e grupos vulneráveis) é objeto de crítica por, supostamente, ameaçar a Democracia. A intimidação se daria pelo uso de termos genéricos e conceitos fluidos que podem ser usados para legitimar argumentos ao invés de, com fundamento jurídico, delimitar racionalmente esses argumentos. Esse receio alerta para o risco da postura do Judiciário se transformar em uma faca de dois gumes, “visto as experiências históricas onde não se pode prever, ou seja, se um ativismo será feito para o bem ou para o mal da sociedade” (GALDINO *et al.*, 2019, p. 423).

A hermenêutica constitucional, nesse caso (que permitiu, por assim dizer, o reconhecimento ao direito de constituir família livremente e sem qualquer discriminação para pessoas homossexuais), sustentou-se nos princípios do efeito integrador (integrativa ou de integração), visto ter priorizado uma interpretação promotora de unificação (social e política) no sentido de estar orientada a uma visão coletiva⁵⁵⁵ e não majoritária. Uma hermenêutica adequada às tensões sócio-políticas contemporâneas

⁵⁵⁴ Pode-se citar Lênio Streck como um destacado jurista que teoriza sobre o ativismo judicial e que tem atacado, desde 2011, a decisão do STF em reconhecer a união homoafetiva em sede de controle de constitucionalidade. O jurista em questão sempre apresenta a ressalva de que reconhece ser uma pauta justa, mas é da postura que em respeito à democracia e à separação de poderes, essa decisão teria de ser feita pelo Parlamento. O referido jurista não acredita na existência de normas constitucionais inconstitucionais, o que o leva a não compreender a legitimidade da interpretação conforme a própria CRFB/88 que elenca outros princípios como a não discriminação, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, entre outros.

⁵⁵⁵ A visão coletiva, nesse sentido, quer significar que a preocupação deve ser a de buscar o que é melhor para todos, ainda que não seja essa a vontade da maioria. O reconhecimento dos direitos de minorias e especificamente o direito de que casais homossexuais tivessem sua dignidade individual respeitada, bem como o reconhecimento da dignidade de suas uniões (considerando a família como uma parte natural e culturalmente presente na vida do indivíduo em sociedade). A função da jurisdição como uma arena de discussão quanto à legitimidade de normas emanadas do Parlamento, ainda que com algum amparo sociocultural de determinados contextos e tradições, tem se feito presente para questionar e superar relações eminentemente privadas (ou assim eram consideradas) como o casamento (TIRADENTES, 2016, p. 15). Considerando o reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva é possível, conforme as características propostas por Sospedra (1979) e sistematizadas por André Ramos Tavares, identificar que, em alguma medida, a atividade do Tribunal Constitucional é política por: (i) configurar-se como um caso/matéria de importância social; (ii) o alcance *erga omnes* da decisão – visto que coloca hétero e homossexuais em situação de igualdade jurídica; (iii) presença de efeito vinculante, ou por assim dizer, formando um precedente (TAVARES, 2005, p. 452).

atua no sentido de tornar a Constituição efetiva a partir de seus princípios fundamentais (que são, ao mesmo tempo jurídicos e políticos). Não se percebe no precedente construído a existência de riscos de imprevisibilidades futuras⁵⁵⁶.

À luz dessas considerações, a decisão das Cortes constitucionais, não apenas no Brasil, norteia-se por uma hermenêutica que tem por respaldo e lastro a própria Constituição, seus princípios⁵⁵⁷ e sua função precipuamente jurídica, política e social. Essa visão permite uma leitura do sistema jurídico que revele um ordenamento coeso e socialmente orientado para a Justiça Social. Conforme Baez e Mozetic, mesmo a partir das novas leituras do constitucionalismo democrático analisado dentro da realidade brasileira, a função constitucional das cortes está limitada na solução de conflitos e na decisão de questões jurídicas e não políticas, apresentando-se uma função essencialmente objetiva e que, por isso mesmo, deve estar respaldada no plano previamente estabelecido pelo legislador político democrático, não se restringindo a atuação das Cortes na mera aplicação do que está estatuído, mas essencialmente na interpretação (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 56).

Narciso Leandro Xavier Baez e Vinícius Almada Mozetic (2014) desenvolvem a análise de que o reconhecimento do STF (e poder-se-ia dizer da mesma forma sobre o reconhecimento judicial de modo geral em todo o sistema jurídico brasileiro e em outros Estados) diante de alguns cenários paradigmáticos, dá-se em razão de que o regramento da matéria se faz sem a preocupação quanto à busca de fundamentos éticos e filosóficos na produção legislativa. Assim, o Parlamento não oferece um produto (norma) que possa “contemplar, através da razão, as crenças, moralidades e os pluralismos de

⁵⁵⁶ Aqui cabe alertar que existem posicionamentos da doutrina e de teóricos do Direito Constitucional e do comportamento judicial que associam a postura protagonista e inclusiva do STF pelo precedente do reconhecimento da união homoafetiva, com outras situações díspares e que, em nenhum aspecto lógico racional, se comportam como possível vínculo de precedente que resultaram em decisões polêmicas posteriores do STF (a saber: a discussão da possibilidade de prisão com condenação em segunda instância. Não serão feitos aprofundamentos quanto a isso, mas comparações entre ambas as decisões como se se tratasse de um precedente (a união homoafetiva) para o ativismo da prisão com condenação em segunda instância é um artifício argumentativo desonesto e falacioso. No primeiro a corte ampliou direitos fundamentais, incluiu uma minoria social e juridicamente excluída do rol de relacionamentos reconhecidos pelo Estado e realizou uma reparação histórica. No outro caso, houve relativização do princípio de presunção de inocência, restringiu-se direitos, promoveu-se uma interpretação em face de dispositivos expressos. Logo, qualquer comparação é aprioristicamente errônea.

⁵⁵⁷ Cabe acrescentar que é identificável também o princípio da máxima efetividade (também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva) como determinação para uma interpretação à norma constitucional que se lhe atribua a maior efetividade possível. É possível afirmar que essa concepção se liga às origens das normas programáticas constitucionais sendo, por essa razão, argumento recorrente na defesa dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2006, p. 162-163). É relevante também acrescentar que os direitos individuais (espécie de direitos fundamentais) podem ser tanto expressos quanto implícitos no texto constitucional, como também decorrentes do regime jurídico e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil (BREGA FILHO, 2002, p. 77-78).

opiniões existente sobre a questão”⁵⁵⁸. Diante da indiferença axiológica do Legislador (seja ela real ou aparente) a solução do conflito resta comprometida por se identificar o “vazio de um fundamento sólido” capaz de sustentar racionalmente a Lei em análise. Desse modo, a tensão social persiste e se desloca para a esfera judicial mediante provocação da jurisdição constitucional das Cortes constitucionais, notadamente exercida pelo STF no Brasil (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 52).

A alegada impossibilidade jurídica da união homoafetiva com respaldo no Artigo 226, §3º e Artigo 4º da CRFB/88 é um clássico exemplo de justificativa falaciosa, pois sustenta que uma norma jurídica discriminante (discriminatória) poderia ter uma validade preservada, mesmo que colidisse com algum valor ético-social acolhido pelo sistema constitucional como se essa norma discriminante tivesse amparada por direitos fundamentais. No que se refere à união homoafetiva, é mister a ponderação “por meio do princípio hermenêutico da precedência condicionada” e, em razão disso, afastar a incidência das normas discriminantes “para aplicar, não obstante, os direitos fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, artigo 3, IV e caput do artigo 5º da CF)” (ALVES, 2009, p. 59-60)⁵⁵⁹.

Assim, além da legitimidade *a priori* (pela formação do Estado, *input*) na Democracia contemporânea é possível e necessário que se analise também a atuação do órgão julgador. A legitimidade da Corte Constitucional para atuar em decisões de órgãos eleitos por escolha popular, também se ancora na decorrência de que se trata de uma atividade técnica, ou seja, de um processo adequado, destacadamente de um processo constitucional. Nesse sentido, esse processo (constitucional) garante que a limitação constitucional mantenha os poderes apenas como “poderes constituídos” (TAVARES, 2005, p. 502-503)⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Baez e Mozetic na análise em referência enfrentam a discussão sobre a Lei n. 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, entretanto, a despeito disso, as reflexões coincidem de sobremaneira com as análises no presente ponto da tese.

⁵⁵⁹ A postura vanguardista e progressista (que ressalta-se, não é uma postura comum e permanente) adotada por algumas Cortes e Tribunais constitucionais para decidir sobre as uniões homoafetivas encontrou resistências no mundo jurídico e político que podem ser resumidas nas seguintes categorias: (i) uma moralidade religiosa judaico-cristã adotada como orientação imperativa de discordâncias morais; (ii) aspectos supostamente naturais/biológicos, mas fortemente ancorados ainda numa retro argumentação religiosa sendo pseudocientífica, portanto; (iii) costumes e a manutenção de uma moralidade pública, como se a sociedade não estivesse preparada para assimilar relações familiares não heterocentradas; (iv) ausência de previsão legal sobre a matéria, buscando entender no silêncio legislativo um ato volitivo de não legislar (ou seja, uma resposta negativa sobre o tema); (v) o Judiciário não teria competência ou legitimidade (democrática e jurídica) para decidir sobre o tema “criando” direitos ou decidindo a respeito de desacordos morais.

⁵⁶⁰ Tavares destaca a existência de uma legitimidade democrática superior, que é a Constituição, que resulta de uma maioria oriunda de um caminhar histórico, e uma legitimidade democrática inferior (que é

Ainda em 2000, José Siqueira Trindade na APC 598362655 - TJRS já alertava pela possibilidade do processamento e reconhecimento da união homoafetiva tendo-se por base os princípios fundamentais insculpidos na CRFB/88. Considera, nessa análise, que os princípios que vedam qualquer tipo de discriminação, somados ao que chamou de “uma onda renovadora [que] se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso País” e, com isso, contribuem para destruir “preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas”. Nessas relações, os posicionamentos devem ser marcados e amadurecidos a partir dessas novas (re)leituras “para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e as coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos” (BRASIL, 2000).

Também em igual sentido, Giorgis afirma que a confirmação para que o direito de casais homoeróticos pudesse ser reconhecido se encontra, precipuamente, no próprio texto constitucional da CRFB/88⁵⁶¹. O autor destaca que o Estado Democrático de Direito aponta (como seu valor fundante) o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Além disso, apoiando-se na doutrina de Luiz Edson Fachin, Giorgis firma a existência de que se formou constitucionalmente uma *base jurídica para a construção do direito à orientação afetivo-sexual como direito personalíssimo*. A orientação afetivo-sexual é, desse modo, um “atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (GIORGIS, 2001, p. 21).

Para uma análise técnico-jurídica, é preciso desconsiderar argumentos eminentemente religiosos, por se entender que a produção jurídica deve originar-se de uma construção racional e científica⁵⁶². A intervenção religiosa na esfera política é

o legislativo ordinário escolhido por uma maioria conjuntural) àquela submetida (TAVARES, 2005). A legitimidade democrática superior, e que nos termos assinalados elegeu os direitos fundamentais como cláusulas pétreas no teor constitucional se sobrepõe ao Legislador ordinário, mesmo quando da proposição de Emendas Constitucionais e mesmo a vontade popular episódico. Em ambos os casos os *backlashes* em face do direito positivado careceria, em contrapartida, de legitimidade democrática ainda que se revestisse de manifestações populares como um ato político.

⁵⁶¹ Interessante observar que o autor aborda esses fundamentos uma década antes do reconhecimento da união homoafetiva pelo STF.

⁵⁶² Ao analisar a questão, apontando como argumentos contrários ao reconhecimento da união homoafetiva, Elena Tordesillas Escudero aponta como argumentos iniciais a postura mantida por movimentos religiosos que não contemplam a possibilidade de estabelecer matrimônio que não seja entre homem e mulher. A autora indica também o Direito Canônico, que prevê como requisitos para o

intensa na produção legislativa nacional e sua discussão. Como analisado por Adrielly Francine Rocha Tiradentes, quando investigou as manifestações parlamentares para a recusa do Projeto de Lei 1.151/1995 (apresentado pela então deputada Marta Suplicy, em 1995), observou-se claramente uma retórica de conteúdo moral nas manifestações parlamentares que nada mais são que fruto de tradição religiosa (TIRADENTES, 2016).

As posições apresentadas tentavam supostamente legitimar (na concepção deles) um “processo contínuo de interpretação e nivelamento de condutas sociais por intermédio de tais discursos” interpretando-se passado, presente e futuro dentro de nuances religiosas com intuito de “homogeneizar as formas de manifestação do comportamento humano no âmbito sexual e familiar”. Além disso, o teor religioso dessas manifestações chega(ra)m “a níveis notadamente inconstitucionais, uma vez que tais argumentos são utilizados para justificar a inferioridade e degradação que se acredita [por eles] ser inata ao homossexual” (TIRADENTES, 2016, p. 72, 73, 77-78).

Nesse sentido, a intervenção religiosa na esfera política demonstra intensa “similaridade entre discursos políticos e discursos pastorais, podendo facilmente ser confundidos” e isso “tem causado a obstrução de direitos a uma determinada classe e sedimentado a discriminação”. Como destacado por Tiradentes, uma Democracia não é feita apenas observando a tradição ou a cultura religiosa de um país, mas operacionalizando-se completamente a cisão entre argumentos de cunhos religiosos e legais para fortalecer a quebra desse paradigma democrático (TIRADENTES, 2016, p. 72, 73, 77-78).

Ao analisar os contextos contemporâneos, as considerações não podem ignorar que qualquer conceito jurídico de *Justiça* terá em si o conteúdo formado pelo conceito de equidade e segurança jurídica (que envolve previsibilidade e certeza do Direito) como conteúdos essenciais. Desconsiderar esse conteúdo (formado por equidade e segurança jurídica) da Justiça gera o entendimento equivocado sobre a aplicação do Direito, tornando “as codificações e consolidações de normas jurídicas como um elemento de clausura do intérprete do Direito”, ou seja, ignora “o valor histórico da compreensão do Direito como Ordenamento”. Assim, o valor ético-político e histórico dessa compreensão revela sua formação “por um conjunto de modelos formais-instrumentais voltados para a cognição, objetivação e concreção dos valores e bens

casamento a existência de consentimento, ser um consórcio permanente entre um varão e uma mulher, e seja um sacramento ordenado para a procriação da prole mediante uma certa cooperação sexual (2016, p. 82-83)

revelados da experiência jurídica ocidental” que identifica os direitos fundamentais como componentes indissociáveis e indispensáveis da ideia de justiça (PINTO COELHO, 2010, p. 111).

Como colocado por Victor Hugo, a suprema felicidade da vida é a convicção de que somos amados, mas amados por nós mesmos, ou antes, a despeito de nós mesmos⁵⁶³. Nesse sentido, o reconhecimento social proposto por Axel Honneth (2003)⁵⁶⁴, perpassa pela busca da felicidade, como se depreende de sua teoria do reconhecimento (amor, direito e estima social) que permite ao indivíduo desenvolver sua autorrealização prática, sua autoconfiança e seu autorrespeito/autoestima. Além disso, o STF reconhece o direito à busca da felicidade como um verdadeiro postulado constitucional implícito, qualificado como “expressão de uma ideia-força” derivada do princípio da “essencial dignidade da pessoa humana” (STF, 2011).

Uma das perspectivas que ressaltam a importância da discussão dos direitos LGBTQ+ é a seara da análise de Direito Comparado. Daniel Carvalho Cardinali (2017a) destaca, com respaldo nas lições de Hunter (2009), que a judicialização de demandas do movimento LGBTQ+ não é uma situação isolada do Brasil, mas um verdadeiro “processo global que vem ocorrendo simultaneamente em um grande número de países” e que “se tornaram uma preocupação central do direito constitucional mais recente”, observando-se que em função da globalização “cortes em diversos países são chamadas a decidir sobre questões semelhantes quase que ao mesmo tempo”.

Assim considerado, Cardinali sublinha uma espécie de efeito em cadeia, visto que as decisões de uma dada jurisdição acabam produzindo efeito em outros países, “seja reforçando a luta política local, seja servindo de recurso argumentativo na fundamentação das decisões judiciais” (CARDINALI, 2017a, p. 27).

María Martín Sánchez frisa que a postura das Cortes Constitucionais em reconhecer o direito à livre constituição familiar entre pessoas do mesmo sexo exemplifica uma *interpretação evolutiva* da Constituição, com base na igualdade e na não discriminação como ordens emanadas do texto constitucional⁵⁶⁵. Considerando o

⁵⁶³ Na obra “Os Miseráveis”, Livro V (A Descida), Cap. IV (O Senhor Madelaine de Luto).

⁵⁶⁴ É importante destacar que o reconhecimento social é apenas uma faceta da igualdade. Existe um outro reconhecimento relacionado à inclusão econômica (igualdade material) da população LGBTQ+. Agora na época da pandemia de 2020, por exemplo, ONGs e a sociedade civil organizada atende a população LGBTQ+, como jovens expulsos de casa em razão de sua orientação afetivo-sexual e pessoas trans que viviam de prostituição. A inclusão das pessoas LGBTQ+ deve ser pensada sempre como reconhecimento (político) e distribuição (acesso material).

⁵⁶⁵ Vale destacar que a Espanha havia modificado seu Código Civil em 2005 (com a *Ley 13*, de 1 de julho daquele ano), dispondo que o matrimônio entre pessoas de mesmo sexo ou diferentes teria os mesmos

contexto europeu, particularmente, espanhol, a autora evidencia que a alteração do matrimônio como uma garantia institucional, amplia e desenvolve a instituição matrimonial conforme a cultura jurídica, sem que perca sua identidade perante a sociedade. Ou seja, dentro da liberdade de configuração concedida pela Constituição, a ampliação do exercício do direito constitucional ao matrimônio não afeta seu conteúdo e muito menos não compromete o exercício de direito às pessoas heterossexuais.

Considerando o direito ao matrimônio como um direito de todos, concluir a respeito da constitucionalidade da união homoafetiva (em seu reconhecimento como um direito a igualdade de tratamento independente da orientação afetivo-sexual e em respeito à liberdade individual) é inevitável. Realça Martín Sánchez que o Tribunal Constitucional espanhol, para demonstrar a razoabilidade de sua postura, invoca a experiência europeia propensa ao reconhecimento dos direitos de casais homossexuais, apoiando-se especialmente na jurisprudência evolutiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, ainda que não tenha reconhecido a existência de um direito ao casamento homoafetivo na Convenção Europeia de Direitos Humanos, reconhece a possibilidade de que esse direito seja reconhecido pela livre apreciação interna dos Estados Europeus (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 277-228).

A construção de uma jurisprudência “evolutiva” implica um exercício consciente e sustentado por argumentos jurídicos e científicos orientados para uma racionalidade que, ao mesmo tempo, rompa com paradigmas e estabeleça um novo modo de (re)ler o direito e sistema jurídico. Esta postura, a qual constitua avanços em matéria de direitos fundamentais, deve ser amparada por uma razão que entenda requisitos de coerência e integridade do sistema jurídico.

Dworkin, ao tratar da possibilidade de o Judiciário mudar a existência de uma regra de Direito, o faz entendendo que ao juiz será requisitado que ampare sua interpretação em um princípio justificador da mudança. Considerando que nem todo princípio justifique mudança de regras de direito (entendendo que há princípios fortes e fracos, de modo que uns princípios podem mais que outros) sob pena de vulnerabilizar todas as regras, cabe ainda ao juiz conscientizar-se de “alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida⁵⁶⁶”; esses padrões são, na sua maior

requisitos e efeitos. A lei em questão foi questionada no Alto Tribunal, em grande medida por conta da carga moral presente na transformação trazida pela legislação, que levou cerca de sete anos para pronunciar-se, o fazendo em 2012 com a *Sentencia 198*, em 06 de novembro daquele ano.

⁵⁶⁶ Talvez a melhor expressão aqui seja considerar a superação de paradigmas de regras estabelecidas contra as quais o novo entendimento/interpretação se opõe. A observação é pertinente no sentido de que a

parte, princípios”. Um dos padrões a serem considerados inclui a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo” bem como outros princípios que orbitam sobre e exigem deferência limitada das cortes pelos atos do Poder Legislativo. Além disso, vale citar o respeito aos precedentes e “outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência”. As doutrinas da Supremacia do Poder Legislativo e do respeito ao precedente conduzem à manutenção do *status quo*, ainda que não seja (na leitura de Dworkin) uma doutrina impositiva (DWORKIN, 2002, p. 59-60).

Como apresentado pelo ministro Ayres Brito, é função da Corte perceber na integridade constitucional que a CRFB/88 não faz qualquer referência à interdição ou impossibilidade de que pessoas do mesmo sexo protagonizem a formação de uma família. A formação de uma família deve preencher requisitos legais (e burocráticos) não discriminatórios em igual dimensão para pessoas homo ou heteroafetivas. Trata-se, como assinalado por Ayres Brito, de inteligência robustecida “de que não se proíbe nada a ninguém se não em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem” e se o contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos são aqueles heteroafetivos “o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros” pelo fato que “sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada” nem “os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família”. O ministro afirma que ali (o que se pode entender como sendo o STF, mas também a própria jurisdição constitucional) é o espaço (chamado por ele de “reino”) “da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham”. A sociedade é enxergada “como um todo” (e não numa visão de maioria), onde “sua estruturação é de dar [...] com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu artigo 3^o” (STF, 2011b, p. 654-655).

Como destacado na ementa do STF (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477554*), ninguém pode “ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivos de sua orientação sexual”, assim os “homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República”, o que

opção do STF, por exemplo, e de outras Cortes Constitucionais está amparada nas melhores doutrinas contemporâneas que compreendem a ilegitimidade do silêncio legislativo e parlamentar a respeito de uniões existentes na sociedade e que, por muito tempo, padeceram sem qualquer apreciação positiva do Estado.

significa compreender que se mostra “arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual” (STF, 2011a).

Desse modo, o movimento LGBTQ+ usa os espaços oficiais como arena política para que sua particularidade seja reconhecida e, paradoxalmente, anulação de sua particularidade em busca do tratamento igualitário no exercício de sua liberdade. É uma luta contra a exclusão e *invisibilização* que, de alguma forma, implica o retorno de uma invisibilidade e neutralidade pela naturalização de que (de fato) “seriam iguais perante a lei” passando a fruir da norma dominante – norma essa que antes os excluía. É a luta para que se estabeleça uma existência e (con)vivência democrática a partir do gozo “dos direitos normalmente concedidos a todos os membros da parte inteira, que é a comunidade” (BOURDIEU, 2012, p. 146-147).

É válido, portanto, acentuar que existe uma presunção de autoaplicação dos direitos civis e políticos – de modo que independem da criação de leis posteriores regulamentadoras graças a uma natureza programática dos direitos econômicos, sociais e culturais – de modo que sua aplicação deve ser progressiva, visto necessitar de recursos econômicos disponíveis (PIOVESAN; KAMIMURA, 2015, p. 303).

Os opositores ao protagonismo judicial nesse processo se aтем ao debate de que o STF estaria legislando ao reforçar (cega e estritamente) uma visão excludente e restritiva de que a CRFB/88 diz o contrário do que foi decidido. É fato que os argumentos de oposição comentam, apenas superficialmente, sem nunca atacar essa fundamentação, pois é inconteste que o reconhecimento da união homoafetiva está amparado pelos princípios: 1) dignidade da pessoa humana, 2) igualdade, 3) vedação de discriminações odiosas, 4) liberdade e 5) proteção da segurança jurídica.

O Tribunal Constitucional possui conotação democrática e, em razão disso, sua atuação decisória é legítima. O princípio democrático não mais se reduz ao desejo majoritário e sua complexidade ultrapassa essa visão limitada e se revela em muitos elementos. Se a vontade majoritária momentânea como princípio fosse absoluta, por exemplo, os órgãos eleitos conforme o desejo da maioria teria suposta legitimidade para violar a CRFB/88 e ruir com o sistema jurídico, comprometendo qualquer noção de justiça ou segurança jurídica (pois se assumiria como verdade que essa foi a vontade soberana do povo)⁵⁶⁷. Assim, o Tribunal Constitucional “não só se assume como órgão

⁵⁶⁷ Essa visão do processo eleitoral como a entrega de uma procuração em branco conferindo plenos poderes já está, sabidamente, ultrapassada. Entretanto, discursos conservadores-reacionários adotam esse

legítimo, como também sua legitimidade é, em certa medida, democraticamente majoritária e representativa” (TAVARES, 2005, p. 517).

Assim, não se trata de instabilidade sobre a resolução definitiva da matéria (nem de engessamento antidemocrático do tema), mas pensar que o monopólio da última palavra, e aplicação do princípio da proibição de retrocesso, apenas se justifica, legítima e fundamenta materialmente na defesa dos direitos fundamentais. Alves e Brega Filho destacam que o exercício desse monopólio “não impede que sejam abertos canais de participação popular nas decisões, tentando dar à decisão, além de justificação jurídica, a legitimidade democrática”. Desse modo, quando entidades representativas da sociedade civil organizada participam das audiências públicas organizadas pelo Supremo Tribunal Federal, garantindo a ampliação do debate em matéria de controle de constitucionalidade e especialmente quando envolvem desacordos morais, há um importante estabelecimento de uma justificação democrática além da justificação jurídica do monopólio do Poder Judiciário (2015, p. 133).

As contribuições de Thamy Pogrebinski são valiosas no sentido de demonstrar que as Cortes Constitucionais, em razão de sua função de salvaguardar direitos humano-fundamentais constitucional e internacionalmente assegurados, se revelam um espaço “propício para produzir uma representação propriamente política (e não meramente judicial) de minorias” e grupos historicamente marginalizados. Pogrebinski destaca que, mesmo buscando “a representação de seus interesses nos órgãos legislativos, deveriam buscá-la prioritariamente nos órgãos judiciais” (e em particular nas Cortes Constitucionais) capazes de atuar como uma instância pró-minoritária. Desse modo, a ampliação da representação política para instituições não eletivas pode dar voz para as demandas de minorias e torná-las presentes no cenário democrático (POGREBINSCHI, 2011, p. 174).

Nesses termos e processos, mostra-se clara a função política do direito. Como destacado por Salim e Silva, a Constituição é a forma como o sistema jurídico (racional) e o político (vontade) se interligam. O constitucionalismo democrático encontra na CRFB/88 o acoplamento estrutural entre esses sistemas, formando o Estado Democrático de Direito. A CRFB/88 filtra as influências do ambiente e de outros subsistemas de modo a reintroduzi-las nos sistemas político e jurídico, o que, mediante a comunicação própria de cada um, evita ingerências entre eles.

tipo de visão reducionista para legitimar retrocessos em matérias de direitos humano-fundamentais e em prejuízo da própria democracia como parte de um projeto de poder.

Do uso da comunicação própria, a influência mútua é assimilada por meio de mecanismos especificamente jurídicos ou políticos dependendo do sistema. A judicialização da política é um fenômeno inerente das democracias constitucionais e legitima a atuação das Cortes junto à sociedade. A função política do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais) é promover esse acoplamento estrutural entre sistema político e sistema jurídico com o intermédio da CRFB/88, o que faz com que as inter-relações se façam por meio do processo operacional interno devido. Essa atuação, vale o destaque, é legítima (mas não apenas⁵⁶⁸) enquanto postura garantista, ou seja, de preservação, de ampliação e máxima eficácia dos direitos fundamentais, orientada pelos critérios de legalidade e constitucionalidade (SALIM; SILVA, 2016, p. 106-107) e por uma hermenêutica dotada de valor argumentativo e racional.

Essa relação de tensão demanda que o exercício de interpretação constitucional seja aberto e pluralista, substituindo o “monopólio metodológico pela pluralidade metódica”, isso quer dizer que, no que tange ao processo hermenêutico constitucional este deve ser uma “instância crítica, sempre receptiva a novos questionamentos, aos valores pluralistas e inovações no curso do tempo, constituindo um sistema dinâmico” (DOBROWOLSKI, 2007, p. 299)⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ A legitimação da atuação das Cortes não se dá apenas pelo resultado da decisão (a legitimação de output ou legitimação à posteriori), mas também *a priori* – por ser um Poder Constituído pelo mesmo poder democrático (Poder Constituinte Originário) que funda o Estado e estabelece sua Constituição. Aqui, sem qualquer intenção de parecer consequencialista, em razão das reflexões sobre a inclusão de minorias há um direcionamento das análises para a positivação do direito à união (direito de formação familiar) para casais de pessoas do mesmo sexo – direito que foi positivado no exercício de atuação, ou seja, com o produto da Corte (com aferição *a posteriori*). No que se refere ao argumento de que em razão de uma tradição e legado histórico e preservação dos costumes, a manutenção de uma moralidade pública indicaria que a sociedade não está preparada para assimilar relações familiares não heterocentradas (ou, por assim dizer, tradicionais), o que se revela é uma falácia argumentativa a esse respeito. A sociedade (e isso pode ser afirmado em uma perspectiva global, inclusive) passou por diversas transformações no último século e especialmente nas duas últimas décadas. Como indicado pela ILGA, dos 54 países que atualmente reconhecem a união homoafetiva (seja na modalidade de casamento ou como união civil entre pessoas do mesmo sexo) 39 deles o fizeram dentro do período de dez anos, ou seja, cerca de 73% (setenta e três por cento) dos países que possuem o reconhecimento médio ou forte do direito à livre constituição de família entre pessoas do mesmo sexo rompeu um paradigma cultural e social em um período relativamente curto (ILGA, 2019). É possível dizer que os países que permitem a união homoafetiva mais que triplicaram dentro de um período de dez anos.

⁵⁶⁹ A constitucionalidade democrática só é alcançável se o Estado atua para proteger as diferenças (o que exige que diferenças sejam toleradas), mantendo a garantia da liberdade e da igualdade como valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Sem essa preocupação não é possível dizer que há uma ordem constitucionalmente democrática (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 42). Patrícia Gandra, também sobre a legitimidade de atuação do Estado de Direito, aponta que a titularidade de um direito fundamental “implica em desfrutar de um trunfo contra o Poder”, mesmo que esse Poder seja democraticamente legitimado. O Estado de Direito não pode ser invalidado pela “regra da maioria”, e ainda que a maioria tenha uma legitimidade democrática discursiva de decisão para a condução do Estado, existem “áreas resguardadas por um direito fundamental” que não cedem à deliberação majoritária (GANDRA, 2017, p. 185).

María Martín Sánchez (2016) destaca que a postura das Cortes Constitucionais em reconhecer o direito à livre constituição familiar entre pessoas do mesmo sexo exemplifica uma *interpretação evolutiva* da Constituição, com base na igualdade e na não discriminação como ordens emanadas do texto constitucional⁵⁷⁰.

Considerando o contexto europeu e particularmente espanhol, Martín Sánchez (2016) salienta que a alteração do matrimônio como uma garantia institucional, amplia e desenvolve a instituição matrimonial conforme a cultura jurídica, sem que perca sua identidade perante a sociedade. Ou seja, dentro da liberdade de configuração concedida pela Constituição, a ampliação do exercício do direito constitucional ao matrimônio não afeta seu conteúdo e muito menos não compromete o exercício de direito às pessoas heterossexuais. Considerando de todos o direito ao matrimônio, concluir a respeito da constitucionalidade da união homoafetiva (em seu reconhecimento como um direito a igualdade de tratamento independente da orientação afetivo-sexual e em respeito à liberdade individual) é inevitável.

Sublinha Martín Sánchez que o Tribunal Constitucional espanhol, para demonstrar a razoabilidade de sua postura, invoca a experiência europeia propensa ao reconhecimento dos direitos de casais homossexuais, apoiando-se especialmente na jurisprudência evolutiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, ainda que não tenha reconhecido a existência de um direito ao casamento homoafetivo na Convenção Europeia de Direitos Humanos, reconhece a possibilidade de que esse direito seja reconhecido pela livre apreciação interna dos Estados Europeus (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 277-228).

Existe uma defesa do valor dos diálogos interestaduais para a construção de uma teoria do direito mais coesa e, talvez, universalmente reconhecível. Nesse sentido, o transconstitucionalismo apresentando por Neves (2009) reconstrói uma identidade por meio da alteridade e da observação da experiência estrangeira, o que é frutífero por ampliar a leitura de realidades e diminuir o “ponto cego” que um observador imerso no fenômeno analisado pode não perceber (ISRAEL, 2014, p. 154). A diversidade de visões, então, demanda reconhecer que há limites de observação de um dado sistema jurídico e a potencialidade da reflexão comparada o que força o valor da reflexão de

⁵⁷⁰ Vale destacar que a Espanha havia modificado seu Código Civil em 2005 (com a *Ley 13*, de 1 de julho daquele ano), dispondo que o matrimônio entre pessoas de mesmo sexo ou diferentes teria os mesmos requisitos e efeitos. A lei em questão foi questionada no Alto Tribunal, em grande medida por conta da carga moral presente na transformação trazida pela legislação, que levou cerca de sete anos para pronunciar-se, o fazendo em 2012 com a *Sentencia 198*, em 06 de novembro daquele ano.

como as Cortes têm enfrentado esse problema da inclusão das uniões homoafetivas nos sistemas jurídicos por força da supremacia constitucional.

Se o progresso oferece um panorama promissor de inclusão e de valorização de uma visão substantiva da Democracia, não se pode olvidar que a mudança do status quo gera insatisfação dos grupos privilegiados. Como um refluxo das conquistas de minorias e grupos vulneráveis no sistema jurídico por todo mundo, há também um considerável avanço de movimentos conservadores que buscam revogar tais direitos. Nessas circunstâncias, estão apresentadas as reflexões do próximo capítulo.

Capítulo VIII. O *BACKLASH* E O AVANÇO DE MOVIMENTOS CONSERVADORES

Houve um tempo em que os homens eram bons/ Suas vozes eram doces/ e suas palavras encorajadoras/ Houve um tempo em que o amor era cego/ E o mundo era uma canção/ E essa canção era excitante/ Houve um tempo... e então tudo deu errado.

Eu sonhei um sonho num tempo que se foi/ Quando a esperança era alta e a vida valia ser vivida/ Eu sonhei que o amor nunca morreria/ Eu sonhei que Deus poderia perdoar

Então eu era jovem e destemido/ Quando os sonhos eram feitos, usados e desperdiçados/ Não havia preços a serem pagos/ Nem canção não cantada, nem vinho não provado

Mas os tigres vêm à noite/ Com sua voz suave como o trovão/ Como se despedaçassem suas esperanças/ Como se transformassem seus sonhos em vergonha

(...) foi quando o outono chegou./ E ainda sonhava com ele vindo a mim/ E nós viveríamos os anos juntos./ Mas há sonhos que não podem ser./ E há tempestades que não podemos prever.

Eu tive um sonho de como minha vida seria/ Tão diferente deste inferno que estou vivendo/ Tão diferente agora daquilo que parecia/ Agora a vida matou o sonho/ Que eu sonhei

Eu Sonhei um Sonho, *Os Miseráveis* – filme-musical de 2012.

Como tem sido desenvolvido na presente tese, o *Backlash* é, tradicionalmente, uma reação de grupos dominantes a qualquer situação que desafie seu senso de importância, influência, valores ou status (ou seja, que busque desafiar o *status quo* e a posição privilegiada que esses grupos ocupam), reação essa que se manifesta por meios políticos para impedir ou reverter as mudanças. A literatura tem indicado que a maioria das referências ao fenômeno envolvem reações de grupos majoritários contra minoritários que lutam por direitos ou maior participação política. Essas reações de *backlash* são normalmente arquitetadas contra blocos desfavorecidos, por exemplo, mulheres, latinos, afro-americanos e a população LGBTQ+ (BISHIN *et al.*, 2016, p. 626).

A preocupação quanto aos riscos desse fenômeno e a necessidade de limitar sua legitimidade em face dos direitos das minorias podem ser consideradas como questões da pós-modernidade. Não que o *Backlash* não tenha ocorrido em outros momentos históricos, mas a pós-modernidade potencializou sua ocorrência colocando em risco as conquistas em sede dos direitos (humanos) fundamentais. Sob o manto de um suposto amparo democrático para as vontades da maioria o *Backlash* seria justificado e possível ao se eleger um Parlamento conservador e reacionário, ou um Executivo Reacionário e Conversador e/ou ambos articulando-se para construir uma Corte Constitucional nos mesmos moldes.

A discussão do *Backlash* como um risco perante o uso estratégico dos Tribunais Superior (e especialmente da jurisdição constitucional) para construir a Democracia implica pensar como “movimentos sociais” novos podem ser organizados para articulações de retrocesso – o que implica reforçar que nem todo movimento social é progressista ou mesmo vocacionado para interesses substancialmente democráticos. Nesse sentido, Pereira adverte que esses “novos” movimentos sociais potencialmente podem ser agentes de mudança ou de conservação do *status quo* no ambiente em que se encontram, podendo “questionar a forma pela qual as decisões políticas são tomadas, demandando uma maior participação popular nos campos decisórios”. O autor ressalta, entretanto, que “a conexão entre democracia e movimentos sociais não é assim tão linearmente positiva” (PEREIRA, 2012, p. 79).

O *Backlash* e a ascensão de movimentos conservadores (e reacionários, principalmente) estão diretamente ligados quando examinados à luz da teoria democrática. Nesse sentido, Nuno Severiano Teixeira (2018) observa que no fim do século XX (e, talvez, uma parte do início do século XXI) presenciou-se uma impressão do que se poderia chamar triunfo da democracia, e este parecia definitivo a partir de indicativos que a “economia de mercado, a democracia liberal e a ordem multilateral” haviam superado a Guerra Fria, de modo que o modelo ocidental de Democracia estaria “em processo de universalização acelerada”⁵⁷¹.

Teixeira (2018) observa que a economia estava em crescimento e havia empenho dos cidadãos na Democracia liberal, onde o sistema político (com eleições livres e justas, liberdades cívicas, direitos humanos e Estado de Direito como valores inquestionáveis) estava dominado por partidos moderados e aqueles de viés ideológico radical não possuíam relevância política. Em tal momento da história a Democracia foi aceita, internacionalmente, como único sistema legítimo. Isso gerou a crença entre cientistas políticos que a Democracia uma vez consolidada “não mais voltaria para trás”, ou seja, que seria um processo definitivo e (a democratização) um processo de sentido único (TEIXEIRA, 2018, p. 75).

Entretanto, já no fim da primeira década do século XXI, esse cenário passou por profundas mudanças “com os fracassos manifestos do Iraque e do Afeganistão e os resultados pouco animadores da Primavera Árabe”, mas a obviedade da “crise” se deu

⁵⁷¹ O autor destaca que esse tempo foi marcado pelo otimismo de uma visão que parecia indicar que o liberalismo econômico seria o “fim da história”, ou seja, o ápice de “evolução” da sociedade contemporânea, o que implicaria também, por assim dizer, reconhecer que a Democracia liberal, como amplamente implementada no Ocidente, seria o modelo por excelência da civilização.

quando o centro do sistema ocidental passou a apresentar sinais de abalos e erosão em suas democracias, como a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos e o Brexit no Reino Unido. É possível identificar que o populismo “transformou-se numa tendência global” sendo uma crescente pelo mundo todo: “da Rússia de Putin à Turquia de Erdogan, das Filipinas de Duterte, à Venezuela de Chávez e Maduro, da Hungria de Orbán ao Brasil de Bolsonaro” (TEIXEIRA, 2018, p. 75-76)⁵⁷².

A sociedade experimenta, na realidade, um “mundo de desigualdades, de *microdesigualdades* e de interpenetração de múltiplas estruturas de injustiça”, como também um tempo de “grande vulnerabilidade social” onde aspectos dessa vulneração estão demarcados em um campo semântico claro atingindo principalmente, mas não exclusivamente, minorias⁵⁷³. São múltiplas as formas com que a decomposição e

⁵⁷² O fenômeno de ascensão de partidos populistas se apresenta como um catalisador (ou agregador) e de eleitores descontentes com a realidade e que estão imbuídos de um sentimento de sub-representação. Esses sujeitos, por se sentirem excluídos, acabam sendo mais facilmente seduzidos por discursos fáceis e com isso depositam suas esperanças em promessas populistas que se comprometem (superficialmente, diga-se) com mudanças ao mesmo tempo que tais discursos se comprometem com um retorno ao passado idílico de privilégios e estabilidade (com o abandono de uma visão pluralista). É possível perceber nas análises de Chantal Mouffe que esses indivíduos (e partidos) populistas vendem a esperança de que as coisas podem ser mudadas, obviamente se consubstanciando em uma esperança efêmera que se alimenta de promessas irrealizáveis e que são comprometidas com mecanismos antidemocráticos e inconstitucionais de exclusão. Alimentando e sendo alimentado pelas paixões xenófobas e racistas, por exemplo, essas forças populistas se apresentam como único meio ou canal de suporte para o abandono de práticas políticas que desagradam a massa descontente. Mouffe observa que o sucesso que partidos populistas têm alcançado se dão, em grande medida, como consequência de um debate democrático pobre (não vibrante) e despolitizado (MOUFFE, 2005, p. 71). A discussão envolve perceber que a ameaça aos direitos humanos fundamentais possui raízes nos crimes históricos contra a humanidade, especialmente os ligados aos regimes autoritários, totalitários e fascistas. Esse tipo de ideologia conservadora continua presente, mas com uma nova roupagem. Nesse sentido, Yaniv Roznai e Tamar Hostobsky Brandes observam que os líderes populistas, autoritários ou semiautoritários, presentes nessa nova onda de ameaça às conquistas democráticas, empregam uma série de meios e processos para corroer a Democracia de forma legal e gradual. Agem, portanto, de maneira incrementada ao contrário dos líderes autoritários que tanto ameaçaram os direitos humano-fundamentais no passado quando estabeleceram seu poder com o uso da força, com golpes de estado e meios agressivos de tomada de poder. Os líderes populistas atuais são eleitos em eleições democráticas, muitas vezes utilizando campanhas de divisão (nós contra eles) retratando a si mesmos como únicas representações genuínas do povo, construindo a imagem do adversário como inimigo. Quando estão no poder, os líderes populistas passam a dismantlar os controles institucionais sob seu poder em todas as áreas (ROZNAI; HOSTOBSKY BRANDES, 2019, p. 02).

⁵⁷³ Conforme o autor, essas transformações que simbolizam uma fragilização das garantias estão presentes na sociedade na “precariedade e desemprego, emprego temporário, diferenciação, debilidade do movimento social, individualização das relações sociais, desigualdades, insegurança, incerteza, desregulação, fragilidade dos laços comunitários, feminização da pobreza, desqualificação e atomização social” (ESTEVAO, 2010). Pode-se afirmar que a ideologia pós-moderna tem como característica a entusiasmada dispersão e fragmentação do tempo e do espaço, o que torna impossível (melhor seria dizer que torna mais difícil) proceder com a distinção entre a aparência e o sentido, imagem e realidade, bem como o caráter efêmero e volátil nas experiências humanas. É, segundo Marilena Chauí, a comemoração do fim da narrativa, o que significa dizer que é o fim dos fundamentos do conhecimento moderno ou da afirmação moderna das ideias (racionalidade, identidade, causalidade, finalidade, necessidade, totalidade e verdade) o que torna a ideia da história como movimento de contradições e de mediações rumo à emancipação uma espécie de mito. Destaca a autora que a pós-modernidade reforça a despolitização da sociedade por meio da fragmentação dos sentidos (2005, p. 29).

dessocialização *vulnerabilizam* os atingidos por essas desigualdades como seres humanos detentores de direitos (ESTEVÃO, 2010).

As sociedades desiguais não apenas não cumpriram as promessas da modernidade (que apontavam para uma gestão de controle das desigualdades⁵⁷⁴), como se tornaram marcadamente injustas e excludentes por meio de novos processos (políticos, econômicos, culturais) e novos sistemas de desigualdades (na economia, na educação, na cultura e na política). A pobreza, na sociedade global, continua enraizada, o que afeta a relação entre países (com alta e baixa produtividade)⁵⁷⁵ e o modo como estes conseguem ou não se integrar na economia global, o que reforça a crença de “que as desigualdades são também cada vez mais intersocietalmente globais” (ESTEVÃO, 2010).

Sem buscar qualquer defesa para este ou aquele partido político, fato é que, como Débora Messenberg observa, o ativismo de certos tipos de atores sociais, que por muitas “décadas não participavam de forma tão intensa na arena pública”, se mostrou visível e, no Brasil, especialmente no ano de 2015⁵⁷⁶, com a presença de grupos de perfil conservador com exposição⁵⁷⁷ pública de “convicções de cunho segregador e autoritário”. Esse fenômeno despertou o desenvolvimento de diversas pesquisas sobre a caracterização desses manifestantes, suas organizações e instituições sociais de apoio⁵⁷⁸, mas é de se compreender que “pouco ainda se tem clareza sobre as configurações simbólico-discursivas que orientam cognitivamente e normativamente a ação de tais setores

⁵⁷⁴ Essa gestão das desigualdades se daria com políticas redistributivas e de pleno emprego que oportunizariam acesso aos bens materiais e de consumo e, com isso, acesso a uma efetividade material dos direitos sociais.

⁵⁷⁵ Os fluxos migratórios e as estratégias de *dumping* social e ambiental são sintomas que destacam esse problema como um fenômeno intersocietal e que prejudica as relações entre e dentro dos próprios países por usar a pobreza como um aspecto de exploração econômica e de responsabilização nas questões humanitárias. Ao reforçar que essa crença da pobreza como um problema imposto pela globalização (como se um país devesse arcar com os custos da pobreza de outros países) alimentam-se os discursos de ódio, de extremo nacionalismo e xenofobia, por exemplo.

⁵⁷⁶ Esses grupos também se faziam presentes nas manifestações de 2013, mas de forma mais pulverizada. No ano de 2015 (nos meses de março, abril e agosto daquele ano) e a partir de então, com forte presença nas manifestações favoráveis ao *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, nas manifestações a favor da Lava-Jato e em apoio ao candidato e posteriormente presidente Jair M. Bolsonaro.

⁵⁷⁷ Vale a observação que, a despeito de uma aparente generalização a autora compreende que os grupos de perfil conservador possuem “clivagens internas em termos de tonalidades ideológicas”.

⁵⁷⁸ Para conhecer mais sobre essas pesquisas e análises sugere-se a leitura de “O que os protestos trazem de novo para a política brasileira” de Helcimara de Souza Telles (2015), “Protestos à direita no Brasil” de Luciana Tatagiba, Thiago Trindade e Ana Cláudia C. Teixeira (2015) e “A Direita Mora do Mesmo Lado da Cidade: especialistas, polemistas e jornalistas” de Dmitri C. Fernandes e Allana M. Vieira (2019). Além disso, sugere-se a leitura da pesquisa com os participantes da manifestação do dia 12 de abril de 2015 sobre confiança no sistema político e fontes de informação coordenada por Pablo Ortellado e Ester Solano (2019).

sociais” a quem se convencionou chamar de “à direita do espectro político” (MESSENBURG, 2017, p. 621-622).

Débora Messenberg estabelece uma conceituação (que também poderia se chamar “correlação de características”) para simplificar a diferenciação desses espectros da “direita política” e da “esquerda política” de uma forma que é satisfatória (ainda que não definitiva, exaustiva ou conclusiva) para compreender as análises oriundas da presente tese. No entender da autora, na esquerda se encontra como ideais: (i) o primado do igualitarismo, que é colocado acima de direitos como propriedade e livre comércio; (ii) racionalismo; (iii) o laicismo (do Estado); (iv) a crítica das limitações ético-religiosas (no plano social e dos costumes); (v) a inexistência de conceitos absolutos (de bem e de mal); (vi) combate à oligarquia; (vii) preservação do meio (ambiente); (viii) preservação dos interesses dos trabalhadores acima das necessidades de crescimento econômico; (ix) o antifascismo; e (x) a identificação permanente com as classes inferiorizadas⁵⁷⁹ da sociedade.

Já o espectro à direita da política envolveria buscar os ideais como: (i) individualismo; (ii) supremacia da propriedade privada e da livre iniciativa; (iii) a intuição; (iv) a primazia do sagrado; (v) valorização da ordem e da tradição; (vi) elogio da nobreza e do heroísmo; (vii) intolerância à diversidade (seja étnica, cultural ou sexual); (viii) o militarismo; (ix) a defesa da segurança nacional; (x) o crescimento econômico como valor acima da preservação da natureza ou da classe trabalhadora; (xi) o anticomunismo; e (xii) a identificação permanente com as classes superiorizadas da sociedade (MESSENBURG, 2017, p. 622-623).

Em 2016, Pippa Norris e Ronald F. Inglehart (2016) denunciavam que líderes populistas estavam se tornando proeminentes em muitos países, mudando os padrões estabelecidos na competição eleitoral (partidária) nas sociedades ocidentais contemporâneas (como foi o caso de Donald Trump, Marine Le Pen, Nibert Hoffer, Nigel Farage e Geert Wilders). Os partidos populistas conquistaram votos e cadeiras em muitos países e entraram em coalizões governamentais em diversas democracias ocidentais (sendo possível citar a Áustria, Itália e Suíça). Especialmente na Europa, a proporção média dos votos nas eleições parlamentares nacionais aumentou para partidos dessa natureza populista. Os autores destacam que, mesmo em países que não possuam muitos representantes populistas eleitos, os partidos dessa linha ideológica ainda são

⁵⁷⁹ A autora no original usa o termo “classes inferiores”, mas por não se concordar que existam classes inferiores e sim inferiorizadas optou-se por adequar a ideia.

capazes de exercer muita pressão sobre os partidos principais, sobre a condução do discurso público e sobre a agenda política, como é possível observar nas consequências massivas catalisadas para saída britânica da União Europeia (INGLEHART; NORRIS, 2016, p. 02).

A crise da modernidade, a qual pode indicar a necessidade de uma nova teoria para a existência (e resistência) da Democracia no Terceiro Milênio, não é um fenômeno unidimensional e causado apenas por um único fato gerador. A ascensão de movimentos conservadores e, principalmente, de viés reacionário demandam uma maior preocupação sobre os limites democráticos da participação popular e a necessidade de fortalecimento de mecanismos e instituições que apresentam maior permeabilidade para minorias e grupos vulneráveis. É fácil observar que o *Backlash* se configura como um fenômeno (e instrumentalização de ferramentas) antidemocrático quando se observa que essas novas arquiteturas buscam silenciar o pluralismo e a ampla participação⁵⁸⁰ (elementos muito caros à Democracia constitucional).

Assim, cabe refletir a relação entre populismo e Democracia, visto que, tradicionalmente, o populismo associava-se com a direita radical e a um consenso de que era também contrário à Democracia. Aquele, nesse sentido, era considerado uma patologia da Democracia ou mesmo sua negação. A ascensão/emergência do populismo orientado para a agenda de esquerda representou uma revolução na compreensão do fenômeno no campo teórico, fazendo com que se argumentasse que o populismo não só favorecia como estaria na própria essência da Democracia.

Esses teóricos no processo de releitura do populismo de esquerda defenderam que o problema não estava no populismo, mas no liberalismo. Uma terceira linha de compreensão do fenômeno hoje rechaça as ideias extremas de que o populismo seja essência ou que seja negação da Democracia. Na Democracia liberal, a questão está em distinguir a Democracia do constitucionalismo liberal, defendendo que os populistas não são contrários à Democracia e a utilizam como plataforma de ação (Democracia eleitoral, soberania popular e regra da maioria), sendo radicalmente contra o constitucionalismo liberal (negando o pluralismo, os direitos de minorias, separação de

⁵⁸⁰ Que fique claro que a ampla participação não representa participação de todos e sobre tudo. Como debatido, há determinadas pautas que já não pertencem ao debate público por possuir um valor fundamental para a Democracia. A ampla participação envolve a ampliação de canais de participação democrática, de fiscalização, de transparência, por exemplo.

poderes⁵⁸¹ e Estado de Direito). Isso permite a leitura de que o problema para os populistas não seria a Democracia (numa perspectiva geral, especialmente por ser de leitura “flexível”), mas sim a Democracia liberal (TEIXEIRA, 2018, p. 80).

Nuno Severiano Teixeira, recorrendo às formulações de Cas Mudde, traça a relação entre populismo e Democracia liberal como uma relação complexa que pode ter os elementos como “o bom, o mau e o feio” em razão de que: (i) o *Bom* – diz respeito ao fato de que os populismos revelam em suas pautas problemas reais da população e que não têm recebido resposta por parte das elites (crises migratórias e dos refugiados à direita ou os problemas da austeridade à esquerda) mesmo se tratando de temas que a Democracia deve enfrentar. Identifica-se, assim, (ii) o *Mau* – visto que as soluções apresentadas pelas elites (sociais e políticas) não resolvem o problema, como também utiliza deles para questionar fundamentos sociais⁵⁸² apresentando uma ideologia monista⁵⁸³ e moralista⁵⁸⁴ ao mesmo tempo que negam o pluralismo e a legitimidade de qualquer oposição política. Por fim, torna-se visível (iii) o *Feio* – pois ao chegar ao poder os governos populistas colocam suas ideologias monistas e moralistas em prática

⁵⁸¹ Nesse particular pode haver divergência, visto que algumas manifestações do populismo se ancoram fortemente no princípio da Separação dos Poderes em sua leitura mais extrema para negar que direitos de minorias, pluralismo e o Estado de Direito sejam mecanismos de superação de pautas conservadoras.

⁵⁸² Fundamentos sociais como a liberdade das minorias, a participação política, a decisão judicial como processo de busca pelo justo, a igualdade entre homem e mulher, a liberdade religiosa, os direitos fundamentais e os direitos humanos, entre outros, são vistos como problemas e causas da atual crise.

⁵⁸³ Adotam análises de forma simplista e, em sua proposta, buscam eleger “inimigos” ou “causas únicas”, negando que se trata de um problema estrutural. É parte da articulação de muitas elites a eleição de um bode expiatório para todos os problemas, o que busca eximir qualquer responsabilidade em enfrentar a complexidade dos problemas sociais. Nesse sentido, a culpa da crise (para essas “elites”) é o excesso de direitos trabalhistas, o excesso de direitos fundamentais, o excesso de liberdade (das minorias, obviamente), é a culpa de um determinado partido político etc.

⁵⁸⁴ Esse moralismo cristão fundamentalista busca defender que o problema da sociedade é a perda de valores cristãos como a santidade do casamento, as uniões heteroafetivas, a submissão da mulher ao ambiente doméstico, uma deificação de épocas de forte controle político (ditadura). Desse modo, a causa dos problemas seria uma crise social dos costumes, atribuindo-se a culpa ao feminismo, aos movimentos LGBTQ+ e ao “comunismo” (como fantasma que habita o imaginário coletivo), entre outros. A questão dos impactos de ideologias conservadoras nas dinâmicas de representação política e a relação ideologia-partidos políticos demanda atenção por se localizar como um ponto central das reflexões e por se constituir como parte dos paradoxos contemporâneos. Mesmo que seja difícil afirmar que exist(i)am partidos de médio e grande porte que catalis(ass)em identidades conservadoras e de “direita, é impossível negar que no Parlamento brasileiro esses valores não estejam em grande medida representados. A representação conservadora, em franca tentativa de expansão, até um passado recente não se dava de forma ostensiva ou sistematizada com objetivo de apresentar (ou agregar) uma identidade clara de conservadorismo. Entretanto, valores conservadores e reacionários estão ocupando e fortalecendo assentos no Parlamento nas bancadas, como a bancada do Boi (agronegócio), da Bala (que advoga pelo punitivismo e pelo armamentismo) e da Bíblia (a bancada evangélica, principalmente) quase na mesma medida em que bancadas de orientação progressistas estão enfraquecendo (QUADROS; MADEIRA, 2018, p. 492).

autoconsiderando-se “a voz do povo”⁵⁸⁵, razão pela qual buscam silenciar todas as vozes diferentes que são reduzidas em seus discursos como “interesses particulares”. As táticas dos governos populistas atualmente buscam minar a legitimidade da oposição, restringem a independência do Poder Judiciário⁵⁸⁶, cerceia o pluralismo e, usando da mídia e redes sociais, assaltam o próprio conceito de verdade⁵⁸⁷. O foco da agenda populista está em suas técnicas de governo: ocupação do Estado, clientelismo em massa e repressão da sociedade civil, todas implementadas com um verniz democrático como meio de deformar e subverter a Democracia tornando-a o que poderia ser considerado como uma Democracia defeituosa ou um autoritarismo competitivo (TEIXEIRA, 2018, p. 80-81).

8.1. O conservadorismo no século XXI

O conservadorismo reacionário, que coloca os direitos conquistados pelas minorias e pelos grupos vulneráveis em risco, e, conseqüentemente, todos os avanços e as conquistas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa, está dentro de uma perspectiva política com efeitos jurídicos na ascensão do populismo.

⁵⁸⁵ Muito dessa noção arraigada de que um governo populista é “a voz do povo” (por ter recebido uma espécie de chancela popular) está fortemente vinculado ao pensamento consolidado pela Democracia eleitoral e representativa. Construiu-se o senso comum de que ao serem eleitos, Executivo e Parlamento recebiam um cheque em branco ou uma procuração com plenos poderes para falar em nome do povo (visto terem sido “escolhidos” pela maioria). Essa é uma visão limitada, vazia e equivocada de como a Democracia e a postura do Executivo e do Legislativo deve ser encarada na contemporaneidade. Essa crítica está desenvolvida na Parte I da presente tese, especialmente nos capítulos I e III.

⁵⁸⁶ O Judiciário e as Cortes são encaradas pelos populistas como verdadeiros guardiões da Democracia (e, portanto, inimigos) por se colocarem como última palavra na interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais (que são obstáculos para as agendas populistas).

⁵⁸⁷ A popularização das *Fake News* como estratégias de governos (e de candidatos) populistas pode ser apresentada como um exemplo desse aspecto do populismo. Há uma maior visibilização (o fenômeno da midiaticização da vida) dos temas democráticos e institucionais que oportunizam potencialmente o debate público, o que em si é um aspecto relevante para a Democracia. A midiaticização das decisões judiciais (especialmente quando assumem um caráter progressista) permitem uma ampliação das discussões que de outra forma não alcançariam tal dimensão (nem mesmo a produção parlamentar parece alcançar tal comoção pública). Essa potencialização do debate merece uma atenção especial em ambientes de extrema polarização e ascensão de movimentos conservadores-reacionários, como se observa na realidade brasileira (e não só nela). Essa *visibilização* da discussão do significado constitucional sobre direitos relativos à liberdade (e pluralidade) sexual entra em choque com uma sociedade tendencialmente *normatizadora*, mas igualmente plural – o que resulta em um fenômeno (de efeitos) contraditório(s). Dessa forma, setores da sociedade civil experimentam uma crescente aceitação da diferença “e até mesmo, passam a consumir alguns de seus produtos culturais”, mas também outra parcela, essa formada por “setores tradicionais”, realizam “campanhas de retomada dos valores tradicionais da família até manifestações de extrema agressão e violência física” (LOURO, 2001, p. 542). Há um recrudescimento conservador e reacionário que esvaziam tais movimentos (por mais que sejam “sociais”) de legitimidade democrática para contestar os avanços jurídicos conquistados.

Para entender o que é populismo, é preciso considerar que existem diversos sentidos para o uso da palavra, sendo no debate político uma arma comum para atacar indiscriminadamente adversários e denunciar demagogia, discursos rasos e estilo de líder carismático. Não há uma definição teórica única ou consensual na Ciência Política e, nas Ciências Sociais, é encarado como um conceito essencialmente contestado. A literatura sobre o tema é imensa (com leituras estruturalistas, institucionalistas, construtivistas etc.) apesar da inexistência de consenso, sendo possível identificar quatro grandes linhas de definição teórica que explicam o populismo como (i) ideologia, (ii) discurso, (iii) estratégia e (iv) estilo (TEIXEIRA, 2018, p. 78)⁵⁸⁸.

O exercício da política pelos líderes populistas é sempre a expressão da vontade popular que eles encarnam e, em razão disso, reclamam o monopólio da representação negando a legitimidade de existir representação na oposição, pois, por presunção, elas (as elites) não pertencem e nem se consideram povo. Como não há espaço para negociação e compromisso numa luta que é moral (e não simplesmente política) os “corrompidos” podem ser silenciados e essa postura se justifica por sua ideologia moralista e monista, buscando anular o pluralismo.

Por se tratar de uma ideologia claudicante (por não conseguir construir uma *metanarrativa* própria), o populismo combina-se com outras ideologias (como o

⁵⁸⁸ Em razão dessa ausência de uma unidade, teóricos políticos têm buscado apresentar elementos de caracterização ou explicação de como o fenômeno está atrelado à ascensão e crescente sucesso do antiliberalismo em partidos políticos por todo o mundo (frequentemente chamados de populistas). Como observado, o termo foi vulgarizado (pelo uso excessivo e mau uso), mas é um catalisador para identificar características compartilhadas por esses partidos e regimes e os meios pelos quais operam. Características desse novo populismo envolvem identificar uma dimensão de imaginação moralista contra elites consideradas corruptas ou moralmente inferiores, falando os populistas em nome do povo como se este fosse uma entidade única e orgânica (e não como uma agregação de indivíduos, mas uma entidade unitária) de moral absoluta e única base legítima para qualquer ação política e elaboração de leis. Os líderes populistas alegam representar de forma autêntica a vontade do povo, rejeitando posições que neguem tal vontade, o que implica negar canais intermediários (considerados desnecessários) entre esses representantes e o povo. Instituições que se coloquem como intermediários entre os líderes e o povo são consideradas barreiras ilegítimas (que estariam sob controle das elites) e que estariam buscando manter o *status quo* corrompido que o povo deseja derrubar (ROZNAI; HOSTOBSKY BRANDES, 2019, p. 01-02). Essa noção também se aproxima de Cas Mudde, apresentado por Teixeira, onde o populismo pode ser uma ideologia sustentada em três ideias fundamentais: povo, elite e vontade geral, mas seria uma ideologia diferente das demais (como o liberalismo, fascismo ou comunismo) que conseguem oferecer uma narrativa ampla e global, além de uma visão holística da agenda política. O populismo como ideologia pretende romper com o sistema sem oferecer uma visão do que está substituindo e pelo que está substituindo, se limitando a uma estreita parte da agenda política. Apresenta uma visão maniqueísta com dois grupos homogêneos e antagônicos compondo a sociedade: o povo (puro e explorado) e a elite corrupta, sendo “óbvio” que os líderes populistas, independente de condição financeira ou de poder que detenham, pertencem ao primeiro grupo. Essa lógica maniqueísta separa povo e elite não por riqueza e poder (pois em regra os líderes populistas possuem ambas as coisas), mas por valores (cristãos, tradicionais, nacionalistas) sendo a divisão entre eles não só política, mas moral, o que torna uns “puros” e outros “corruptos/corrompidos” que nem mesmo se consideram como parte do povo (TEIXEIRA, 2018, p. 78).

nacionalismo, em contextos de direita, e com o socialismo, em contextos de esquerda). O populismo, como se observa, não é nem de direita nem de esquerda, podendo se vincular com um ou com outro a depender da combinação ideológica em um determinado contexto⁵⁸⁹ (TEIXEIRA, 2018, p. 78).

Como fenômeno político-discursivo, o populismo possui uma natureza carismática que concebe uma relação imediata de identidade entre líderes e liderados, o que se constrói com uma dinâmica de *catacrese*⁵⁹⁰ onde uma parte da sociedade (plebe) ambiciona tornar-se o todo (*populus*) formando uma unidade (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 391).

Dentro de uma visão jurídico-econômica, Urbinati (2014) posiciona-se sobre o assunto, sublinhando como elemento que faria parte da essência populista a hostilidade ao liberalismo e aos princípios da Democracia constitucional (divisão de poderes, direitos de minorias etc.) pressupondo que, quando no poder, populistas apresentariam seu ímpeto por mudar as instituições objetivando o aumento da centralização de poder na mão de um líder e seu grupo de apoio. Um dos fenômenos identificáveis é a polarização que reduz as dinâmicas em um dualismo entre vontade e opinião no campo

⁵⁸⁹ O autor explica que “[o]s populismos de esquerda têm geralmente um fundamento econômico e opõem, frontalmente, o povo trabalhador à elite dos ricos e poderosos: são diádicos. Os populismos de direita têm geralmente um fundamento identitário. Opõem também o povo à elite, mas introduzem um outro elemento e acusam a elite de ser conivente com esse terceiro grupo contra a vontade e o interesse do povo: os imigrantes; os refugiados; os terroristas; os globalistas; ou simplesmente os beneficiários do Welfare State. São triádicos. Estes dois tipos de populismo, de esquerda e de direita, têm eleitorados diferentes. Mas a razão principal para o seu sucesso é a mesma: a crise da representação nas democracias liberais. Os cidadãos não se sentem representados pelos partidos tradicionais e não sentem que os governos respondam aos seus problemas. Mais do que isso, que não respondem aos seus medos e às suas inseguranças” (TEIXEIRA, 2018, p. 78-79).

⁵⁹⁰ Por catacrese deve ser entendido aqui um tipo de expressão (ou termo) metafórica que, em razão de seu uso contínuo e demasiado, dentro de determinado contexto, acaba sendo absorvido pelo uso comum da língua. Aqui a ideia de se construir argumentos com “elementos” como “o povo”, a “sociedade”, ou as figuras de “líderes” e “liderados”, ou mesmo “povo” e “elites” é feita tão automaticamente que não se reflete ou questiona sobre o que significam esses sujeitos ou dinâmicas. Em outras palavras envolve o uso indiscriminado e acrítico de termos transmitindo uma ideia de suposta base argumentativa. É importante contextualizar que a parte da sociedade que ambiciona tornar-se o todo, busca na verdade impor sua identidade sobre o todo para retornar a (ou ocupar) uma situação de poder dominante, ou ainda como grupo que mantém a hegemonia para ditar a pauta cultural e dos costumes. Essa parte da sociedade se considera uma espécie de elite e se legitima com o discurso de que é povo (mas o interesse do povo é, na sua leitura, a manutenção de seus privilégios). A ideia de plebe a ser considerada não deve invocar a interpretação de que se trata de um grupo que se identifica com posição subalterna (sendo plebe, nesse sentido, a ideia ampla e vulgar da expressão), mas é, dentro da dinâmica populista, o grupo que é ou foi por muito tempo privilegiado e posteriormente foi incomodado com o avanço de minorias nos espaços públicos e no questionamento dos costumes e tradições e, por isso mesmo, abraçam o populismo por desejar manter-se no poder e subjugar aqueles a quem pretende impor sua visão e construção de mundo. Nesse processo, os insatisfeitos acabam culpando os governos que promoveram esse protagonismo e articulam-se para derrubá-los buscando governos populistas e suas promessas fáceis. É o caso de grupos de ideologias fundamentalistas cristãs e reacionárias que pretendem impor sua visão ao todo (*populus*), fazendo da sua leitura de mundo, numa sociedade plural, a única supostamente válida, legal e aceitável.

social, pois configurando o *populus* por meio de uma relação de antagonismo se conformaria uma visão unitária de povo, o que, conseqüentemente, comprimiria e anularia a pluralidade de identidades e sujeitos existentes dentro de um tecido social (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 382).

Goulart e Adinolfi observam que, para Urbinati, o populismo apresenta uma deriva plebiscitária em seu discurso contra o sistema representativo (por sua vinculação com o pluralismo e o respeito pelas minorias) o que legitimaria suas alterações das formas institucionais que caracterizam a Democracia constitucional. Obviamente essa agenda pode ser mais ou menos exitosa, a depender da maior ou menor capacidade das instituições políticas, organizações sociais e opinião pública em se defenderem e lutarem contra o líder (ou grupo) populista, também dependendo de como cada “lado” consegue arregimentar o apoio da maioria para reduzir ou aumentar os obstáculos ao exercício do líder populista no poder (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 392).

O avanço do conservadorismo no Brasil se mostra (e/ou pode ser ilustrado) com a eleição do presidente Jair M. Bolsonaro, no ano de 2018 (início do mandato em 2019), fato que indica uma articulação entre grupos evangélicos e conservadores, de diferentes maneiras e intensidades, como analisado por Ronaldo de Almeida no artigo *Bolsonaro Presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira* (2019). Almeida destaca que se trata de um processo social mais amplo, visto que a onda conservadora é um fenômeno presente no debate público e político tanto nacional quanto internacional que tem favorecido a retórica da extrema-direita (ALMEIDA, 2019). A onda conservadora, particularmente no Brasil, pode ser entendida, como colocado por Ronaldo de Almeida (2019, p. 210) como *um emaranhado de vários jogadores em diferentes tabuleiros e ritmos atravessados por linhas de força* diversas (nomeadamente: econômica, moral, securitária e societal), com forte imbricação do conservadorismo e de grupos evangélicos.

No que se refere ao aspecto econômico, identifica-se a insatisfação com o crescimento de políticas de proteção social estabelecidas nos últimos anos (nos governos de esquerda), que teriam, na visão de grupos de elite (e da classe média), “gerado acomodação de pessoas e fidelização a um partido político”. Construiu-se uma narrativa de que os governos de esquerda não olhavam para os setores médios, pois estes não se viam contemplados pelas ações afirmativas (esses grupos não são marcados pelos atributos de vulnerabilidade como cor da pele, condição social/material, pertencer às minorias sexuais etc.). Esses blocos ignoram que os setores médios foram

beneficiados por uma economia aquecida pelo consumo, mas diante de uma crise econômica acentuada sentiram-se desamparados e desmereceram os benefícios das políticas de proteção social promovidas.

A insatisfação quanto ao desempenho econômico e a crise oriunda (ou potencializada) por esse baixo desempenho oportunizou maior espaço para discursos de orientação vinculada à Teologia da Prosperidade, de modo que essa ideologia ganhou mais visibilidade e seguidores, especialmente em grupos neopentecostais⁵⁹¹. Uma aparente contradição ideológica quanto ao neoliberalismo desse discurso se encontra no fato de que as camadas média e baixa (onde está a maior parte dos evangélicos) defende os serviços públicos na saúde, educação, segurança pública, entre outros, estando o discurso voltando mais para a “recusa da corrupção, dos privilégios e da morosidade do setor público” do que para uma agenda necessariamente neoliberal que tem pouca adesão e apelo popular (ALMEIDA, 2019, p. 207-208).

A onda conservadora também se vincula à linha de força referente à *moralidade e aos costumes*. No contexto brasileiro, a onda conservadora apresenta-se como resposta aos avanços considerados progressistas em termos de direitos reprodutivos e sexuais, caminhando ao lado de uma disputa pela moralidade pública com as religiões cristãs, como promotoras da sacralização da família e da manutenção da vida⁵⁹². Cabe observar que essa dimensão da onda conservadora tem na família tradicional seu signo mais englobante (corpo, comportamento e vínculos primários), destacando sua oposição contra o aborto, sexualidade, gênero, casamento igualitário (homoafetivo), técnicas reprodutivas e adoção por casais homossexuais.

O conservadorismo dos costumes busca transcender a sua própria comunidade de fiéis (tenha-se em mente o universo da congregação religiosa *weberiana*) para impor sua visão de mundo para toda a sociedade civil, colocando-se como força política concorrente ao (e que pretende dominar o) plano da norma jurídica no estabelecimento da moralidade pública. Um sinal do conservadorismo no século XXI é a reconfiguração da religião abandonando a esfera privada e individual (como se deu com o movimento de secularização) para atuar sobre o que se entendia como espaço público, as normas na

⁵⁹¹ O autor destaca que evangélicos também foram beneficiados pelas políticas compensatórias e afirmativas dos governos de esquerda, mas a despeito disso, o discurso da prosperidade, que prioriza e valoriza o esforço individual empreendedor e os sacrifícios rituais monetários são valorizados pela religião e adotados como ética econômica (ALMEIDA, 2019, p. 207).

⁵⁹² Cabe destacar aqui que a reprodução e manutenção da vida é quase que exclusivamente centrada na vida *intrauterina* (ou seja, com relação ao feto), com campanhas contra o aborto. Muitos desses grupos, de forma contraditória ou mesmo hipócrita, defendem uma maior violência estatal e até mesmo a pena de morte.

forma da lei ou do costume⁵⁹³, pretendendo ser a nova reguladora do mundo secular (ALMEIDA, 2019, p. 208).

8.2. Globalização e crise da modernidade como fatores dos avanços de movimentos conservadores

Junto à literatura especializada sobre as teorias estruturais (adotadas nos estudos de Sociologia, Psicologia Social e Economia Política), é possível encontrar múltiplas explicações sobre a ascensão da direita radical (que em diversas pautas apresentam risco aos avanços nos direitos das minorias) por elementos genéricos de longo prazo oriundo das camadas sociais mais marginalizadas nas economias pós-industriais, populações afetadas pelos fluxos migratórios e o aumento do desemprego “de longo” prazo. Tais ingredientes, entre outros, vistos como válvulas de escape para as frustrações políticas dos grupos prejudicados, facilitaram que partidos de direita radical pudessem ser vistos como alternativas (NORRIS, 2005, p. 05)⁵⁹⁴.

É preciso considerar que o homem comum também é captado pela atmosfera de mediatização presente nos discursos públicos (sempre marcados por medos abstratos) que compõe a concatenação desse fenômeno. Quando a sociedade se vê desencantada e a situação de crise se mostra a regra, há uma sensação de que não existem valores, hierarquias e julgamentos possíveis e seguros.

É uma contradição trazida pela modernidade, pois, por um lado, a ciência e a técnica permitem uma maior compreensão do mundo (seus fenômenos, riscos,

⁵⁹³ Ronaldo de Almeida (2019, p. 208) em sua análise descreve o problema da onda conservadora vinculada à três tabuleiros, emergindo no plano familiar (como primeira instituição de vinculação potencialmente religiosa), partindo para o espaço público (como se identifica em manifestações como a Marcha para Jesus) e alcançando o plano do Estado em cargos eletivos (com a bancada evangélica, na dimensão parlamentar, ou mesmo no Executivo, como se vê pelo discurso *pretensamente* evangélico do presidente Jair Bolsonaro no seu primeiro ano de mandato).

⁵⁹⁴ Cabe observar que a análise da pesquisadora se deu no início do século XXI, no ano de 2005, mas diversos elementos de sua proposta se mostram atuais e contribuem para compreender como a direita radical cresceu em países de Democracia imperfeita (em construção) e subindustrializados como o Brasil. Além disso, vale o destaque que, analisando o cenário atual, é possível encontrar em Gonçal Mayos (2012) o termo “turboglobalização monádica” indicando, no plano da cultura, “a última onda de globalização acelerada”, o que possibilita que se perceba um “movimento dialético de aumento do conhecimento sobre nossas diferenças culturais e identitárias ao mesmo tempo que, contraditoriamente, ocorre um fenômeno de redução dessa diversidade”, o que pode ser guiado por uma influência crescente de uma “macrocultura hegemônica” no mundo contemporâneo que é compreensível no conceito de “sociedade ou cultura do consumo” (PINTO COELHO, 2015, p. 372). Com o aumento da velocidade desenfreada da globalização diferentes regiões, territórios e populações do mundo estão competindo entre si e com todo o mundo, criando benefícios e malefícios dentro desses processos complexos de troca e competição de interações culturais, diversidades e informações. Nessa relação constante e nem sempre dialética, é possível identificar causas socioculturais como “novos tipos de cidadania; politização das novas gerações de direitos; crescente pressão dos *Novos Movimentos Sociais*”, entre outros (MAYOS, 2014b).

catástrofes etc.), mas também se verifica uma dimensão de perda de sentido pelo desencantamento do mundo (nada faz sentido se tudo pode ser explicado pela razão). Esses contrassensos impõem a necessidade de se pensar uma nova relação com a realidade, mas com a velocidade dessas mudanças os indivíduos se enxergam em um contexto centrífugo.

Ameaças em locais distantes (como as terroristas transnacionais, crimes de guerra, controle de informação por governos) causam reações de medo por toda parte, as tecnologias geram a neurose da preservação da privacidade e os direitos humanos para muitos, diante da crise, parece apenas um discurso sem estabilidade. A modernidade acaba sendo “responsável pelo desabrochar da individualidade e dos correspondentes direitos humanos, que se desdobraram em direitos econômicos e sociais”, e de alguma forma “trair-se-ia a si mesma no mundo em risco” (GOMES; LIRA, 2013, p. 161-162).

O atual cenário indica que desigualdades econômicas e medos identitários são cada vez maiores em razão da globalização, sendo isso visível com cidadãos “desiludidos com a política e os sistemas de partidos mais bloqueados” com a queda de partidos tradicionais e com ascensão de partidos radicais populistas. Os sinais de retrocesso da democracia são identificados em estudos empíricos como o *Freedom in the World 2018*⁵⁹⁵, publicado pela *Freedom House* e o *Democracy Index 2018*⁵⁹⁶, publicado pela *Economist Intelligent Unit*. Em ambos os estudos fica destacado que a liberdade e a Democracia estão sob ataque e globalmente em recuo (TEIXEIRA, 2018, p. 76).

É salutar observar como a crise da modernidade apresenta reflexos com o populismo e a vulnerabilização dos direitos humanos. Além disso, analisar as teorias do tempo presente auxilia a ressaltar as tendências *cesaristas* e o risco que o populismo se desenvolva como uma ameaça à Democracia e, para as reflexões desenvolvidas nessa tese, principalmente à Democracia constitucional (de raiz liberal). A fragilidade institucional verificada nesse tipo de cenário torna a situação alarmante, destacadamente por se ter uma sociedade civil pouco articulada para enfrentar (ou mesmo entender) o contexto que se alinha e que não encontra corpos intermediários.

⁵⁹⁵ O estudo em comento indica nos últimos doze anos consecutivos “a média dos níveis de direitos cívicos e liberdades políticas declina em todo o mundo”. No ano de 2018, segundo a pesquisa, “71 países desceram nos índices de liberdade enquanto apenas 35 subiram”, cabendo destacar que “20 pioraram e apenas seis melhoram” (TEIXEIRA, 2018, p. 76).

⁵⁹⁶ Assim como os estudos publicados na *Freedom in the World 2018*, o *Democracy Index 2018* observou que “89 países descem no índice de democracia enquanto apenas 27 sobem” (TEIXEIRA, 2018, p. 76).

No plano político, governos populistas já iniciaram mudanças significativas (como aconteceu na Venezuela), mas não representam uma ruptura completa, sendo possível mesmo destacar uma série de elementos de continuidade em relação ao modelo político anterior que o discurso populista considerava corrompido. O uso excessivo do poder centralizado do chefe do Executivo (em maior medida como visto com Chávez) buscando construir um destaque à figura do presidente (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 410).

Um próximo passo nesse tipo de cenário é uma suposta iniciativa de fortalecimento do protagonismo popular incorporando-se medidas de participação direta o que, segundo essa premissa, acaba por submeter os governantes à possibilidade de terem seus mandatos revogados, as leis tenham um envolvimento direto da população, bem como em projetos locais e nacionais. Essas medidas visam a gerar uma predominância da figura do presidente que, nessa hipótese centralista, começa a controlar a distribuição de recursos tirando autonomia de instituições criadas (ou possíveis) para esse fim (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 410).

Parafraseando George Orwell, vive-se em um mundo louco onde os contrários se convertem continuamente entre si⁵⁹⁷, sendo essa contradição uma marca da crise da modernidade. Também, como dito por Hannah Arendt, em *As Origens do Totalitarismo* (1989, p. 390-403), a propaganda totalitária (e seria fácil associar essa lógica com o populismo que tem flertado com o Brasil contemporâneo) busca doutrinar e isolar as massas do mundo real, e com isso, oferecer *um mundo completamente imaginário e distante da realidade*.

A Democracia, em sua conformação participativa (como é o desejável na contemporaneidade), deve significar uma participação comungada à cidadania, ou seja, à uma participação cidadã. A participação nesses termos, junto ao Estado, demanda superação das noções meramente formais de Democracia (ou que entendem a participação unicamente no âmbito político), visto que estas noções afastam minorias e grupos vulneráveis dos debates, deliberações e decisões de interesse coletivo. Nesse sentido, é possível extrair das lições de Albrecht (2019) que a teoria participativa não pode prescindir do reconhecimento dos impactos da desigualdade estrutural presente na distribuição do poder político.

⁵⁹⁷ Em referência a “Vivemos em um mundo louco onde os contrários se convertem continuamente entre si, os pacifistas se descobrem adorando Hitler, os socialistas tornam-se nacionalistas, os patriotas colaboracionistas, os budistas oram pela vitória do exército japonês, e a Bolsa sobe se os russos preparam a ofensiva” (G. ORWELL, *Horizonte*, set. 1943).

Conforme Albrecht (2019, p. 10), é necessário ampliar a noção de igualdade (que deve atender aos âmbitos econômico, político, legal e de oportunidades) para alcançar também a de participação na vida pública. A Democracia exige, nesses termos, uma democratização de outras esferas não propriamente políticas, como as oportunidades iguais em espaços relacionados à vida pessoal.

Como denunciado por Marcelo Braz, no Brasil, se *experencia* a ascensão de forças mais conservadoras e reacionárias operando em diversos segmentos da sociedade e que estão respaldados em movimentos de direita. Além disso, segundo o autor, também é necessário identificar nessa dinâmica a intolerância das classes dominantes não como um fenômeno conjuntural, mas historicamente construído visto que as elites (e grupos hegemônicos) sempre foram avessas aos avanços sociais mesmo que não tivessem qualquer relação com seus interesses econômicos⁵⁹⁸. Braz assim destaca que a formação social brasileira “legou uma classe dominante preconceituosa, mesquinha, egoísta, antidemocrática e violenta” (2017, p. 101)⁵⁹⁹.

Partindo da lógica de que a tríade de igualdade, liberdade e solidariedade são *também* elementos bases de um Regime Democrático, as ameaças aos avanços conquistados em matéria de Direitos Humano-fundamentais, como é o caso da positivação da união homoafetiva⁶⁰⁰ (via controle judicial concentrado de constitucionalidade), representam atos atentatórios à própria Democracia, vez que não garantirá os direitos de minorias e grupos vulneráveis.

⁵⁹⁸ É o caso das uniões homoafetivas e dos direitos dos homossexuais que não possuem reflexos econômicos e nem mesmo comprometem os interesses econômicos das elites, mas mesmo assim estão nas pautas de luta reacionária dos grupos reacionários e fundamentalistas sob o argumento da moralidade judaico-cristã.

⁵⁹⁹ Disso surge que o conservadorismo reacionário é um problema, ainda que seja possível argumentar que “não há nada de mal em ser conservador” ou que “ser conservador não é necessariamente ruim”, mas é necessário reconhecer que o conservadorismo criticado e denunciado na presente tese não está passível de interpretações ou leituras amistosas. Essa visão crítica quanto ao movimento conservador e o uso de discursos de ódio, de gestão do medo e de elementos nazifascistas pela classe política como instrumento eleitoral é também denunciado por outras áreas, como a Psicologia. Nesse sentido, Marília Silva Martins Mendes oferece uma importante contribuição com sua pesquisa de mestrado que resultou na dissertação “Manifestações do Conservadorismo e do Fascismo no Brasil Contemporâneo: análise de propagandas políticas” onde descreve a propaganda conservadora (imagem e propaganda) que aponta (em uma perspectiva psicológica na história) uma preocupação da classe política em unicamente angariar seguidores e não apresentando nenhum compromisso com questões políticas concretas, o que indica expressões do fascismo na sociedade atual e igualmente revela os limites da Democracia formal (MENDES, 2018).

⁶⁰⁰ O reconhecimento da união homoafetiva, assim, implica na fruição do direito de liberdade (de formar uma família e relacionar-se livremente), igualdade (acesso aos mesmos direitos que os casais heteroafetivos) e solidariedade (o sistema jurídico se *ressignifica* dentro de uma perspectiva pluralista e com respeito às diferenças).

Em uma sociedade, um indivíduo não será considerado como “membro moral” se não for tratado pelos demais dessa forma, o que implica considerar que as consequências de qualquer decisão coletiva para a vida desse sujeito seja vista com o mesmo grau de importância que as consequências dessa decisão para a vida de todas as outras pessoas⁶⁰¹. Em uma concepção constitucional de Democracia, o “igual respeito e consideração a cada indivíduo nas tomadas de decisão do grupo” é tão importante quanto a igualdade do peso do voto de cada cidadão. A Democracia Constitucional, nesse sentido, denuncia “um dos riscos de um modelo meramente formal do regime democrático” que é “o fato que uma maioria possa simplesmente desprezar as necessidades e perspectivas de uma minoria”. Essa postura, onde a maioria priva uma minoria de seus direitos é uma decisão não apenas injusta, mas também é ilegítima do ponto de vista democrático (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 123)⁶⁰².

Não se está defendendo que a sociedade não possa contestar as decisões judiciais, mesmo as emanadas de uma Corte Constitucional, ou lhe oferecer resistência. Este é um exercício democrático. Entretanto, o uso da narrativa do *backlash* para revogar direitos reconhecidos pelo sistema jurídico como uma manifestação supostamente democrática não pode amparar-se em um suposto exercício do *direito de resistência*. O direito de resistência não pode ser confundido com *backlash*.

Segundo Fonteles (2019), Henry David Thoreu, ao analisar o direito de resistência, afirmava-o possível quando se estivesse diante de uma situação em que fosse factível negar o reconhecimento e legitimidade de um governo. Um exemplo para o autor seria o caso de um governo escravocrata, tirânico ou cuja ineficiência tornasse insuportável à sociedade, gerando, assim, o direito da população de recusar lealdade ao governo opondo-lhe resistência. Considerando que essa resistência pode ser oferecida

⁶⁰¹ No contexto discutido na presente tese é possível exemplificar com o direito ao casamento. Um indivíduo será um membro moral daquela comunidade (social, política e jurídica) quando as decisões coletivas sobre o seu direito ao casamento sejam vistas com o mesmo grau de importância que esse direito tem para as demais pessoas. A pessoa LGBTQ+ não pode ter menos acesso à direitos, em razão da discriminação por orientação afetivo-sexual, que outros indivíduos que se encaixem no padrão de moralidade estabelecido. Se não for reconhecido como um membro moral, ele é inferiorizado, logo deixa de ser cidadão e uma Democracia não pode coexistir com *subcidadanias* ou “subsujeitos de direito”.

⁶⁰² Ao tratar sobre os poderes soberanos, Rousseau aponta que a vontade geral (ou vontade soberana) está menos relacionada com “o número de votos que o interesse comum” parece unir, pois há uma necessária e comum submissão às condições que são impostas aos demais, o “admirável acordo entre interesse e justiça”. Assim, para o autor, “o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos que todos eles se comprometem sob as mesmas condições e devem gozar dos mesmos direitos”, como única lógica ao se invocar o princípio da igualdade. Logo a legitimidade da soberania, à luz da natureza do pacto social, só se estabelece (ou seja, o ato de vontade só se constitui autêntico) como exercício da vontade geral quando “obriga ou favorece todos os cidadãos”, não havendo distinção nenhuma daqueles que compõe a sociedade de cidadãos (ROUSSEAU, 2006, p. 41).

tanto no plano individual quanto coletivo, maior interesse para a presente análise existe no segundo (ou seja, o direito de resistência coletivo).

A resistência coletiva, na esteira de Santi Romano, pode ser entendida como as ações de protesto ou demonstrações públicas que poderiam chegar ao status de revolução (FONTELES, 2019, p. 101). Ou seja, quando presentes os requisitos, é democraticamente legítima, enquanto o *backlash*, ainda que faça parte das dinâmicas de uma sociedade de dissenso, nem sempre se constituirá com um movimento democraticamente legitimado.

Samuel Sales Fonteles, ao analisar o efeito *backlash* das decisões judiciais, busca construir uma relação de causa e efeito entre decisões judiciais e guerras, para tanto ilustrando que a guerra civil norte-americana seria resultado de uma decisão judicial⁶⁰³. À luz de seus estudos, de forma acertada, Fonteles afirma que “não se deve subestimar a agressividade de uma sociedade, porque há nela pessoas dispostas a uma luta com armas para defender o que julgam ser o significado da Constituição” (2019, p. 101). Nesses termos, o autor desenvolve seu pensamento no sentido de que as reações contra as decisões dos Tribunais que violassem o “sentimento de patriotismo constitucional, inflamando-lhe com a decepção oriunda da traição cívica” seriam (essas reações) a *fórmula da barbárie*, sendo o “direito de resistência” uma *manifestação do backlash*. O autor esclarece que o direito de resistência, como uma manifestação contra o ativismo judicial ao atingir “o patamar da reação armada, [faz] o *backlash* migra[r] de uma manifestação de direito para uma situação de fato”, percebendo-se que “o *backlash*, como manifestação social que é, exterioriza-se de maneiras conformes ou até desconformes ao ordenamento jurídico. Daí ser um erro técnico afirmar que o *backlash* é um direito, posto que nem sempre o será” (FONTELES, 2019, p. 103-104). Reitera-se que *backlash* não é um direito, sendo, muitas vezes, uma situação de fato e, portanto, não necessariamente ligado à noção de Justiça ou de Democracia.

⁶⁰³ O autor em questão usa como elemento de defesa o caso *Dread Scott v. Sandford* (1857). Fonteles parece reconhecer, entretanto, que é uma construção narrativa com potenciais furos, tanto que afirma, parecendo indicar a imprecisão do raciocínio, que “não é exatamente um exagero compreender a decisão judicial como a causa remota da eclosão da Guerra de Secessão, mas também não é correto dizer que a guerra tinha como desiderato combater a decisão judicial” (2019, p. 101). Considera-se que a guerra mencionada foi resultado de uma série de fatores com maior e menor grau de intensidade e interferência no resultado, razão pela qual considera-se que, com respeito ao posicionamento do autor, soa alarmista relacionar *backlash* e guerra nesse sentido. Vale, como se desenvolve na presente tese, o alerta das consequências de uma sociedade inflamada ao conflito em relação ao posicionamento dos Tribunais na defesa dos direitos humanos e fundamentais. Ressalta-se, entretanto, que a presente pesquisa entende como ilegítimas tais manifestações populares e como legítimas as decisões dos tribunais que oferecem uma visão civilizada e humanizada do significado da Constituição.

Acompanhando uma tendência de desconfiança presente na América Latina, o Brasil demonstra sinais de erosão democrática com a valorização de líderes (e partidos) populistas, conservadores e reacionários, dentro de uma visão rasa de que um líder “carismático” resolverá todos os problemas e as promessas não cumpridas pela Modernidade e pela Globalização. Em “Como as Democracias Morrem”⁶⁰⁴ Steven Levitsky e Daniel Ziblatt apresentam quatro indicadores (ou requisitos) para identificar se um determinado líder apresenta um perfil autoritário, os quais podem ser correlacionados com a realidade brasileira e com o atual presidente Bolsonaro (2018, p. 32-34).

O primeiro indicador a ser observado é se ele líder promove (i) *rejeição das regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas)*⁶⁰⁵ – essa rejeição pode ser “em palavras ou ações”. Essa avaliação pode considerar tanto o governante quando seus apoiadores. No contexto brasileiro, Bolsonaro, quando candidato, questionou a legitimidade do processo eleitoral, alegando que não aceitaria um resultado desfavorável, estimulando entre os apoiadores teorias conspiratórias, *fake news* e de intolerância. Durante sua campanha, o candidato Bolsonaro questionava a confiabilidade do voto eletrônico e que as eleições seriam manipuladas, em razão da inexistência de voto impresso⁶⁰⁶ – após sua vitória nas urnas, a legitimidade do processo foi “coincidentalmente” colocada como fora de pauta⁶⁰⁷. Ao sugerir publicamente que não aceitaria um resultado desfavorável nas urnas, o então candidato Bolsonaro já rejeitava as regras do “jogo democrático”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ A obra se apresenta como relevante para compreender a ameaça de erosão dos regimes democráticos ocidentais (principalmente) ao identificar como *outsiders* (mas não só eles) apresentam um *modus operandi* claro, além de explicar o *establishment* e a sociedade política contemporânea.

⁶⁰⁵ As perguntas a serem consideradas para identificar esse indicador são, segundo os autores: “Os candidatos rejeitam a Constituição ou expressam disposição em violá-la? Sugerem a necessidade de medidas antidemocráticas como cancelar eleições, violar ou suspender a Constituição, proibir certas organizações ou restringir direitos civis ou políticos básicos? Buscam lançar mão (ou endossar o uso) de meios extraconstitucionais para mudar o governo, tais como golpes militares, insurreições violentas ou protestos de massa destinados a forçar mudanças no governo? Tentam minar a legitimidade das eleições, recusando-se por exemplo, a aceitar resultados eleitorais dignos de crédito?” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33).

⁶⁰⁶ O resultado do primeiro turno em 2018, inclusive, foi contestado por uma suposta fraude nas urnas que jamais foi provada (ou sequer sustentada em argumentos racionais mínimos). O então candidato alegava que teria vencido já no primeiro turno e prejudicado por uma suposta “manipulação” das urnas eletrônicas.

⁶⁰⁷ É necessário destacar que essa postura de contestação desarrazoada do processo eleitoral não é exclusividade de Bolsonaro, visto que após o resultado das eleições presidenciais em 2014, com a vitória de Dilma Roussef, o então candidato derrotado Aécio Neves, requereu uma auditoria eleitoral nas urnas.

⁶⁰⁸

Já em posição de presidente da República, Bolsonaro expressamente apoiou insurreições e manifestações antidemocráticas (que pediam o fechamento do Congresso e do STF, a aplicação de um “AI-5” e um

Outro ponto a ser considerado é a (ii) *negação da legitimidade dos oponentes políticos*⁶⁰⁹. Aqui, os autores indicam que o líder (ou candidato, a depender do momento) irá argumentar pela ilegitimidade de seus adversários que receberão a pecha de subversivos, criminosos, imorais, antipatriotas e “vendidos” para governos estrangeiros⁶¹⁰. Em sua campanha eleitoral e em seus primeiros meses de governo, Bolsonaro dedicou-se em promover uma propaganda centrada no Partido dos Trabalhadores (como por exemplo, atribuir que Fernando Haddad – candidato pelo PT – seria um “fantoche” para que o ex-presidente Lula continuasse governando), esses ataques – e especialmente direcionados para Dilma e Lula, se deram quando ex-presidente esteve temporariamente preso.

A prisão (com a conseqüente impossibilidade de participação no processo eleitoral de 2018) é vista como uma estratégia para facilitar a eleição de Jair Bolsonaro, principalmente, porque este usou o processo judicial, as acusações e as investigações da Operação Lava a Jato, como argumentos de campanha e promessas de atuação contra a corrupção (o sistema penal foi usado como pretexto de *deslegitimação* pessoal do oponente político).

Outro aspecto a ser considerado é a reiterada campanha de ataque aos canais de mídia por parte do presidente, o qual, ao atacar jornalistas e os meios de comunicação (inclusive alegando que as informações divulgadas foram adulteradas, colocadas fora de contexto ou acusações similares), incentiva seus apoiadores a adotarem a mesma postura. Em razão disso, muitos jornalistas têm sido alvo de agressões físicas e morais por parte de apoiadores do presidente no ano de 2020.

Cabe acrescentar que, reiteradamente, o presidente tem indicado seu interesse em aparelhar o STF com ministros indicados por sua orientação fundamentalista

golpe militar que depusesse todos os Poderes Constituídos, mas mantivesse Bolsonaro na presidência). Seus apoiadores estão sendo investigados por envolvimento com redes de fake news e crimes contra a honra nos ambientes virtuais, chamado de “Gabinete do Ódio”.

⁶⁰⁹ As perguntas a serem consideradas para identificar esse indicador são, segundo os autores, se eles líderes: “Descrevem seus rivais como subversivos ou opostos à ordem constitucional existente? Afirmam que seus rivais constituem uma ameaça, seja à segurança nacional ou ao modo de vida predominante? Sem fundamentação, descrevem seus rivais partidários como criminosos cuja suposta violação da lei (ou potencial de fazê-lo) desqualificaria sua participação plena na arena política? Sem fundamentação, sugerem que seus rivais sejam agentes estrangeiros, pois estariam trabalhando secretamente em aliança com (ou usando) um governo estrangeiro – com frequência um governo inimigo?” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33).

⁶¹⁰ Apenas para citar um exemplo: apoiadores do atual presidente usam desse argumento contra qualquer autoridade ou indivíduo que aponte sua ineficiência para gerir a questão do COVID-19, “categorizando” tais pessoas como “comunistas” ou “vendidos para o Governo Chinês” – o que implicou problemas diplomáticos ao ser reproduzido e reforçado pelo alto escalão administrativo do governo (nos ministérios) e familiares do presidente.

religiosa, buscando barrar e/ou retroceder em avanços de direitos de minorias e grupos vulneráveis – o que, a despeito de ser um ato de livre nomeação, parece eivado de interesses alheios à Democracia.

O terceiro elemento de identificação dos sintomas de erosão democrática está na (iii) *tolerância ou encorajamento à violência*⁶¹¹ por parte de líderes e/ou seus apoiadores. O atual presidente é indissociável com esse aspecto, posto ser encorajador de posturas violentas (como homenagear torturadores, pregar violência contra indivíduos LGBTQ+, por exemplo), promover o *negacionismo* histórico de que não houve ditadura militar e negando que houve torturas ou violência por parte do Governo à época.

O presidente, desde sua atividade como parlamentar, é defensor do amplo armamento da população, além de apresentar posturas inconstitucionais em seus projetos de lei, como o PL 5.398/2013, que buscava aprovar a castração química como progressão de pena para indivíduos condenados pelo crime de estupro – o que é inconstitucional em sua essência por defender penas cruéis (vedadas pela CRFB/88).

Outro ponto é que, durante sua vida como parlamentar, apresentou alegações de que, se presidente fosse, fecharia de imediato o Congresso e promoveria um Golpe. Além disso, a família do presidente está sendo investigada por suposta relação com milícias. É possível destacar as ameaças contra o STF promovidas expressa e implicitamente pelo presidente e seus apoiadores como uma grave violação ao sistema democrático.

O último elemento apontando por Levitsky e Ziblatt (2018) foi a existência de (iv) *propensão a restringir as liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia*⁶¹². As ameaças contra minorias e grupos vulneráveis têm se intensificado, especialmente pela associação do presidente com pautas (e grupos) fundamentalistas – incluindo o aparelhamento estatal com pastores protestantes e alas declaradamente ideológicas. O

⁶¹¹ As perguntas a serem consideradas para identificar esse indicador são, segundo os autores, se esses líderes: “Têm quaisquer laços com gangues armadas, forças paramilitares, milícias, guerrilhas ou outras organizações envolvidas em violência ilícita? Patrocinaram ou estimularam eles próprios ou seus partidários ataques de multidões contra oponentes? Endossaram tacitamente a violência de seus apoiadores, recusando-se a condená-los e puni-los de maneira categórica? Elogiaram (ou se recusaram a condenar) outros atos significativos de violência política no passado ou em outros lugares do mundo?” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33).

⁶¹² As perguntas a serem consideradas para identificar esse indicador são, segundo os autores, se esses líderes: “Apoiaram leis ou políticas que restrinjam liberdades civis, como expansão de leis de calúnia e difamação ou leis que restrinjam protestos e críticas ao governo ou certas organizações cívicas ou políticas? Ameaçaram tomar medidas legais ou outras ações punitivas contra seus críticos em partidos rivais, na sociedade civil ou na mídia? Elogiaram medidas repressivas tomadas por outros governos tanto no passado quanto em outros lugares do mundo?” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 34).

presidente e equipe excluíram a população LGBTQ+ das políticas prioritárias, atuou contra a representatividade em publicidades do Banco do Brasil, abertamente vetou recursos para produções culturais que tivessem como tema questões raciais, de gênero ou orientação afetivo-sexual, defendem propostas de “escola sem partido” e a educação sexual na escola (privando crianças, adolescentes e jovens do direito à informação e à educação integral), entre outras liberdades civis.

Além disso, Levitsky e Ziblatt sublinham a necessidade de atenção perante uma conveniente polarização política (a qual toma outras dimensões, por certo), reforçando uma visão do *outro* como inimigo e, por isso, indigno de igual proteção legal, o que legitima, nessa perspectiva, ações abusivas, violentas e com ares de barbárie.

Dentro dessa temática de instabilidade política e social, Timothy J. Power e Giselle D. Jamison examinam as causas, contextos que sustentam e as consequências causadas pela desconfiança da população perante os políticos na América Latina, percebendo se tratar de uma síndrome generalizada (2005). Esses elementos se apresentam como *backlashes* ao estabelecimento de agendas de esquerda, por exemplo.

Power e Jamison observam, fazendo uma pontual revisão de literatura sobre o tema, que se sustentou desde obras clássicas uma visão culturalista da Democracia liberal onde a confiança seria condição necessária para a *legitimidade, governabilidade e consolidação do regime democrático*. A partir dos anos de 1970, ao identificar uma paulatina perda de confiança nos políticos e em diversos aspectos do sistema político, iniciou-se uma revisão para se estudar as democracias industriais avançadas e entender tal anomalia⁶¹³. Inicialmente detectado nos Estados Unidos (como um efeito colateral da guerra do Vietnã e também do caso Watergate), esse fenômeno (de níveis de descrença e desconfiança nos políticos e instituições) se faz presente como “uma tendência global que afeta não somente poliarquias ricas, mas também democracias nascentes no mundo em desenvolvimento”, com o agravante que essas novas democracias são desproporcionalmente vulneráveis a um súbito colapso da confiança pública, “vez que estas ainda não geraram o reservatório de legitimidade” que as democracias ricas possuem (2005, p. 65).

A discriminação contra o outro, seja uma minoria ou grupo vulnerável, sempre será justificada de alguma forma. A história narra como grupos conservadores e

⁶¹³ É válido reforçar que uma visão clássica (e otimista) da Democracia liberal considerava-a o ápice da civilização ocidental e um processo não passível de retrocesso ou desconsolidação. Nesse sentido, a descrença em um sistema e instituições democráticos seria uma anomalia dentro dessa lógica.

reacionários tentaram manter o *status quo* para perpetuação de sua posição de poder e hierarquização de classes. A trajetória estadunidense é clara em demonstrar como as manifestações passíveis de se enquadrarem em casos de *backlash* estão marcadas majoritariamente de *backlashes* negativos e que não possuem qualquer legitimidade à luz dos direitos fundamentais e humanos, ou a partir de qualquer reflexão racional sobre o progresso da humanidade.

O *Backlash*, como manifestação de desacordos morais, pode ser potencializado diante de crises sociais e instabilidade, mas também e, especialmente, quando tocam em aspectos ideológicos passíveis de apropriação por grupos conservadores e reacionários. Cabe destacar duas situações que historicamente ilustram como avanços em matéria de direitos fundamentais (ou de Direitos Civis, no direito estadunidense) podem inflamar paixões ao ponto de se converterem em atos irracionais. O primeiro que vale a menção envolve a barbárie do racismo, que illogicamente sustenta uma superioridade de raça, o segundo caso envolve ideologia religiosa sobre a questão da (des)criminalização do aborto.

No caso mencionado das decisões em favor da igualdade (destacando-se o caso *Brown v. Board of Education*, 1954), sob o argumento de que a segregação racial era constitucional quando da concepção da 14ª Emenda (que, ressalta-se, proclamava o princípio da igualdade). Logo, seguindo a *original intent*, o propósito da Lei não seria de proibir a segregação nas escolas. Decisões anteriores da própria Suprema Corte (como em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*) haviam sido produzidas no sentido de que a segregação em espaços públicos era constitucional. Em 1954, compreendendo que tal posicionamento não fazia mais sentido à luz das mudanças sociais, o entendimento da Suprema Corte mudou, o que resultou, segundo, Samuel Sales Fonteles, em manifesto *backlash*, podendo-se mencionar: (i) um referendo que restaurou a discriminação contra atletas negros nas competições desportivas pelo Conselho da Cidade de Birmingham; (ii) o nascimento de Conselhos de Cidadãos Brancos; (iii) a reativação da Ku Klux Klan no sul dos EUA; (iv) emendas nas Constituições de cinco estados visando a anular a decisão da Suprema Corte; (v) proposta de 70 (setenta) projetos de lei para enfraquecer a decisão (FONTELES, 2019, p. 138-141).

Cabe destacar o também mencionado *Roe v. Wade* de 1973, considerado como um marco no direito norte-americano e que vale o destaque por indicar a existência de *backlashes* décadas após a decisão. Com relação ao caso em que os opositores da decisão promoveram ataques terroristas contra clínicas de abortamento e contra os

profissionais de saúde que atuaram em tais locais. Fonteles menciona que, em 1993, um médico (Dr. Tiller) sofreu um ataque quando atiraram em seus braços e, em 2009, o médico foi assassinado. Outro exemplo de reação mencionado por Fonteles foi o assassinato de duas recepcionistas de uma clínica de aborto em Boston (EUA), no ano de 1994, quando um médico e seu segurança foram assassinados pelo ativista Paul Hill, entre outros casos (FONTELES, 2019, p. 150-152).

Obviamente, é tendencioso afirmar que tais ataques terroristas domésticos aconteceram como respostas diretas à decisão no caso *Roe v. Wade*, devendo ser atribuído ao fundamentalismo religioso de grupos conservadores pró-vida. O retrocesso, nesse caso, é muito mais atribuível, também, à um fortalecimento do conservadorismo que pode ter sido inflamado (mas não criado ou fortalecido) pela mudança constitucional.

Em ambos os casos, o que se observa é que determinados temas podem ser molas propulsoras de violência social e/ou institucional. A insegurança social pode potencializar uma onda de violências ainda mais acentuadas⁶¹⁴ ou uma apatia social que resulte no *silenciamento* diante da erosão dos direitos fundamentais e da própria Democracia em um contexto distópico da realidade⁶¹⁵. Assim, à luz dessas possibilidades, se faz necessário desenvolver uma reflexão a respeito de possíveis falsas simetrias ou correlações entre o tema das uniões homoafetivas e descontentamento social diante da judicialização (ou positivação legislativa) desse direito.

Em Portugal, é possível identificar uma “estreita coordenação” entre o Judiciário e o Legislador no que se refere ao progresso na pauta dos direitos de casais homossexuais, especialmente considerando a não obtenção de um amplo apoio popular nesse sentido. Sperti aponta que estudos revelaram que em 2010 “uma grande maioria

⁶¹⁴ Destaca-se uma *acentuação* da violência, pois minorias e grupos vulneráveis são violentados em diversos níveis ainda no contexto atual. É fácil a identificação dessa questão quando se observa que o Brasil é o país que mais mata e agride a população LGBTQ+. O avanço do conservadorismo apenas insufla os discursos de ódio maquiados como “liberdade de expressão” e/ou “liberdade religiosa”, amparados em uma moralidade cristã fundamentalista.

⁶¹⁵ Vale mencionar que um contexto de crise social e aumento da onda conservadora religiosa é a força motriz para que ocorresse um Golpe de Estado no romance distópico de Margaret Atwood, *O Conto da Aia*. A manipulação do medo, a confusão durante a crise e o uso de instrumentos pretensamente legais (no Estado de exceção) são arquitetados para que direitos fundamentais sejam cassados e minorias fossem subjugadas e/ou mortas (religiosas, sexuais, opositores ao regime). Na obra, a narradora explica que tudo aconteceu “[...] depois da catástrofe, quando mataram a tiros o presidente e metralharam o Congresso, e o Exército declarou estado de emergência. Na época, atribuíram a culpa aos fanáticos islâmicos. Mantinham a calma, diziam na televisão. Tudo está sob controle. [...] Foi então que suspenderam a Constituição. Disseram que seria temporário. Não houve sequer um tumulto nas ruas. As pessoas ficavam em casa à noite, assistindo à televisão, em busca de alguma direção. Não havia mais um inimigo que se pudesse identificar”(2017, p. 208). No romance, gays e lésbicas foram declarados traidores do gênero e mortos, bem como os profissionais da saúde que realizavam aborto antes do golpe.

da população portuguesa não aprovou o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, e que, dois anos após a positivação desse direito, a taxa de desaprovação sobre o tema aumentou – o que se mostrou um resultado oposto às experiências estrangeiras onde o reconhecimento do direito promoveu maior tolerância e aceitação (SPERTI, 2017, p. 91).

O exemplo português demonstra que a introdução do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não é resultado, necessariamente, de uma tentativa de “cumprir as expectativas de uma opinião pública”, mas leva a inferir que se constitui como uma tentativa da elite política de “demonstrar a capacidade do país de adotar legislação moderna e avançada sobre direitos humanos, após seu passado democrático” acompanhando um movimento que é global de reconhecimento do direito à união entre homossexuais (SPERTI, 2017, p. 91).

Além disso, o tema em Portugal revela que o reconhecimento desse direito “não provou uma reação violenta na população ou nas organizações católicas”, a desaprovação se deu muito mais em razão de uma realidade de “grande crise econômica” à época da positivação desse direito. Assim, apesar de uma discordância da população sobre o tema não implicou “retrocesso jurídico”, pois “governo e a população decidiram que era melhor seguir em frente” (SPERTI, 2017, p. 91). A narrativa do *backlash* pode inferir conclusões erradas, como se observa. A redução do apoio público em Portugal parece estar muito mais ligada aos fatores político-econômicos do que necessariamente uma insatisfação com os avanços em matéria dos direitos LGBTQ+⁶¹⁶.

Exatamente esse receio da fragilidade dos direitos conquistados e reconhecidos é que destaca a necessidade da consolidação de uma teoria prática e aplicável na tutela das minorias mesmo em períodos de instabilidade. Esse processo de reconhecimento, ao contrário do que defendem alguns, não encontra na apreciação judicial um “sequestro das pautas sociais”, mas sim um colaborador no reconhecimento e na fundamentação discursiva e jurídica da legitimidade desses direitos⁶¹⁷. O reconhecimento judicial

⁶¹⁶ Considerando que essa questão para um melhor aprofundamento demandaria uma abordagem sobre Psicologia Social, reflexões mais específicas serão feitas em uma pesquisa própria futuramente. Todavia, a observação é relevante, pois a narrativa do *backlash* parece inferir toda a responsabilidade de retrocessos apenas à atuação das Cortes quando existem diversos fatores (religiosos, econômicos, políticos, entre outros) que orbitam esses fenômenos de retrocesso.

⁶¹⁷ Também nesse sentido de negar que a decisão judicial sobre o tema tenha de alguma forma colocado um fim à luta por direito se manifesta Castanho (2013, p. 66 e ss) destacando, numa concepção marxista, que o movimento LGBTQ+ representa uma movimentação contemporânea de um movimento futuro, ou, dito de outra forma, deve estar comprometido em “representar, no momento atual, um movimento futuro”.

(sobretudo, quando proveniente das Cortes constitucionais) legitima a cientificidade racional e argumentativa desses direitos, conferindo-lhes a chancela estatal de fundamentalidade inafastável e inegável, colaborando para instrumentalizar os movimentos sociais nos debates públicos.

Dessa forma, os momentos de crise demandam articulação jurídica e social, em um processo verdadeiramente dialético de mútuo reconhecimento à luz do ambiente democrático. Essa dinâmica é sublinhada por William Glauber Teodoro Castanho, quando afirma que a força do processo histórico-dialético da conquista de direitos humanos (e, conseqüentemente, fundamentais) está “na luta, no movimento e na articulação de sujeitos”, pois as concessões de direitos e do Direito, mesmo conquistados ou cedidos, podem ser retiradas, confiscados, novamente negados via a lógica relativista da sociedade democrática. Assim, é salutar conciliar esses embates nas lutas sociais e na Justiça, ao se denunciar as contradições dessa lógica democrática relativista (CASTANHO, 2013, p. 47).

8.3. O risco do *backlash* em contextos de crise, a campanha contra direitos fundamentais (e humanos) e a retórica da intransigência

O cenário atual da sociedade demonstra que existe uma negação da própria política e da centralidade do conflito entre valores e interesses. Dito de outro forma, é sensível a situação de apatia social para as questões políticas e, quando tal apatia é aparentemente quebrada, observa-se uma precariedade de cultura cívica e política. No âmbito brasileiro, a partir de junho de 2013, foi possível testemunhar que uma parcela significativa da população⁶¹⁸ saiu às ruas lutando “por direitos e contra a corrupção – uma ação eminentemente política e de caráter direto (não representativo)”. Esse

⁶¹⁸ Murilo Gaspar do se refere, nesse trecho, usando a expressão “povo brasileiro”. Pelos elementos analisados dialeticamente na presente pesquisa, opta-se pela utilização da expressão “população brasileira”. As manifestações de 2013, por exemplo, foram tão multifacetadas, reivindicando pautas desorganizadas e muitas vezes contraditórias, não sendo possível pensar que havia ali um “povo” no sentido político mais puro da expressão. O que se observa é que a “população” brasileira, muito mais num sentido de multidão (e quase como que sobre o efeito de manada) saiu às ruas para manifestar-se. Ainda que se reconheça que a manifestação de pensamento e a reivindicação de pautas (ainda que contraditórias) seja um exercício democrático, a configuração observada implica compreender que não se tratava de um grupo coeso e com sensação de pertencimento único que justificasse tal nomenclatura. Gaspar do chama a atenção que a retomada conservadora de uma lógica liberal (e por que não?, liberal-elitista) da Democracia é preocupante, especialmente quando os movimentos conservadores de extrema direita têm se valido de manifestações populares como suporte. Apoiando-se na doutrina de Pateman (1992, p. 10-21), cabe refletir a preocupação destacada, considerando que a grandes manifestações populares (mesmo que coagidas ou manipuladas) eram utilizadas como argumento de legitimação de regimes totalitários, além de destacar que “a apatia política e a não participação passaram a ser vistas como inerentes à natureza humana e politicamente positivas” (GASPARDO, 2018, p.68).

engajamento cívico é um fator importante (de vitalidade) para a Democracia, mas permite também identificar uma “constatação de perda de energia dos projetos participativos”, por se tratar de “uma forma de ação política intensa, porém fugaz” (GASPARDO, 2018, p. 66).

Defende-se a liberdade de expressão, liberdade de pensamento e liberdade religiosa como fundamentos principiológicos legitimadores das violências verbais e simbólicas (e até mesmo institucionais) contra as minorias e para justificar o combate às uniões homoafetivas, bem como outras garantias já conquistadas. Como colocado por Fiódor Dostoievsky, em *Os Demônios*, “da liberdade ilimitada, cheguei ao despotismo ilimitado”. O *Backlash*, como fenômeno que pode resultar da fácil manipulação das massas, pode sustentar esse tipo de construção social (“despótica”)⁶¹⁹.

Como observa Nuno Severiano Teixeira (2018), a ascensão e o sucesso dos avanços populistas (seja de viés ideológico de esquerda ou de direita) é resultado da “crise de representação nas democracias liberais”. Os partidos tradicionais não mais respondem aos problemas (o que envolve também medos e inseguranças) dos cidadãos que não se sentem mais representados por eles. As estratégias (principalmente econômicas) realizadas nas últimas décadas aumentaram as desigualdades e assimetrias sociais e “a equidade é fundamental para a legitimidade e apoio à democracia”. Há um aspecto também cultural (e social) de insegurança nesse contexto de crise, pois os “fluxos migratórios massivos e por vezes desregulados geram a reação contra o ‘outro’, sentido como uma ameaça” aos produtos nacionais, à segurança, benefícios sociais e concorrência aos postos de trabalho. Esses fluxos também representam choque de

⁶¹⁹ Considerando que grupos fundamentalistas conservadores têm implementado suas próprias agendas de ocupação de espaços de poder, buscando ter controle dos canais de mídia de massa (como canais de televisão), o acompanhamento crítico das campanhas pró-*backlash* e que surjam de encontro aos direitos fundamentais é uma estratégia necessária no contexto atual. A possibilidade de manipulação das massas não é um estratagema novo, entretanto, merece atenção redobrada em momentos de crise, o que coloca o exemplo da propaganda nazista como algo necessário de reflexão. A possibilidade do uso da propaganda como ferramenta de controle havia sido discutida por Spengler já após o final da Primeira Guerra Mundial, onde a figura da “informação” eclipsou o conhecimento contido nos livros, com o avanço da técnica e da Democracia. A massa, que não tem condições de selecionar e criticar o que é lido, se queda sujeita ao poder político ao consumir o que é produzido pela imprensa. Nesse sentido, quem controla os meios de comunicação possui “o poder de imprimir na consciência das massas as ideias dominantes na sociedade”, sendo que para grupos extremistas “todos os meios de doutrinação” se mostram válidos e podem ser utilizados, especialmente se empregadas em países democráticos. Essa experiência foi explicitada pela União Soviética e pela Alemanha Nazista, demonstrando que a propaganda é uma arma a ser usada politicamente. A população é vista, sob esse olhar, como facilmente manipulável e controlável usando do artifício da propaganda como marionetes. Por meio da propaganda, é possível convencer as massas do que deveria (conforme a conveniência) ser posto em prática, impedi-las de se opor, mobilizar as massas para se manifestar, bastando para isso explorar suas crenças mais profundas por meio de uma linguagem apropriada (RÜDIGER, 2014, p. 50-51). Isso reforça a necessidade de uma democracia crítica que permita o amadurecimento da Democracia com a (e por meio da) participação popular.

caráter cultural e religioso com a diferença de costumes, tradições e identidades. O populismo se alimenta das inseguranças geradas pela globalização (TEIXEIRA, 2018, p. 79).

É possível identificar, no contexto brasileiro, principalmente (mas não exclusivamente), que o populismo conservador e reacionário se apoia na insatisfação de grupos conservadores que, em razão da globalização de ideias, aceitação e *visibilização* da *multiculturalidade* dentro e fora da sociedade, se sentem perdendo seus espaços de poder, muito arraigados e legitimados por uma lógica de dominação histórica e cultural. É a situação de grupos de orientação ideológica fundamentalista cristã ou que de alguma forma nessa *relação inter* de dialéticas de culturas externas (de origens estrangeiras, com ideologias de outras nações e povos, colocando em xeque certos modos nacionais de entender a realidade das coisas) e de culturas internas (entendendo as identidades *invisibilizadas* como as de pessoas negras, indígenas, LGBTQ+ ou de grupos especialmente vulneráveis como os das pessoas com deficiência).

Esses grupos perderam espaço e controle do *status quo* (econômica e culturalmente) de forma que não se sentiam representados por governos recentes, reclamando, nesse sentido, um retorno ao passado, em um processo de idealização de que tempos mais conservadores e retrógrados ofereceriam uma melhor realidade. Há uma clara *romantização* de uma realidade *hétero-centrada*, hegemônica e de *homogeneização* forçada da sociedade, o que implica ações reacionárias para que a Democracia ande para trás, restringindo espaços de fala e direitos conquistados pelas minorias.

Os novos movimentos sociais (identitários, como o movimento LGBTQ+) precisam continuar engajados nos processos de construção política para que sejam propostas estratégias de proteção dos direitos conquistados e mecanismos que tutelem as minorias e os grupos vulneráveis. A dialética social demanda tais engajamentos para que se possível legitimar a judicialização da política quanto necessário.

Como resposta ao conservadorismo, estabelece-se uma dinâmica de construção de movimentos sociais baseados em identidades, como é o caso do movimento LGBTQ+, enquanto advogam por direitos em razão de se identificarem como um grupo marginalizado. Essa estratégia política do *identity-based social movements* permite articularem-se lutas contra o *status quo*, mas, em contrapartida provocam uma reação por parte de forças tradicionalistas e conservadoras que buscam impedir que essas

mudanças ocorram ou mesmo tentam reverter as vitórias já alcançadas (ESKRIDGE, 2001, p. 467-468).

Mayra Goulart e Goffredo Adinolfi (2018), em uma análise que enxerga o populismo “tanto como obstáculo, quanto como tábua de salvação para a democracia em tempos de crise”, afirmam que Pippa Norris recorda que a insatisfação e “desencanto de fatias cada vez mais amplas da opinião pública face aos seus próprios representantes” seria, segundo a autora, “motivado também por uma capacidade acrescida de compreensão dos cidadãos cada vez mais cultos”. Os autores também afirmam que esse cidadão crítico de Pippa Norris (2011) seria “também um cidadão que passou de eleitor a fiscal, cada vez menos disposto a exigir, e cada vez mais desconfiado na sua relação com o poder político” (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 391)⁶²⁰.

Como observado por Yaniv Roznai e Tamar Hostovsky Brandes (2019, p. 01), o mundo tem *experenciado* crises nas (e das) Democracias constitucionais, onde é visível que líderes populistas abusam de mecanismos constitucionais (incluindo procedimentos formais de mudança constitucional) com o objetivo de corroer a ordem democrática. Considerando que tais mudanças são graduais e muitas vezes incrementadas de forma sutil, por si só não significam grave violação dos valores democráticos essenciais, mas no contexto maior, percebe-se que tais líderes estão promovendo mudanças constitucionais que fazem parte de um processo gradual de erosão democrática que é, por assim dizer, muito maior (em sua relevância e resultados) do que a soma das pequenas mudanças visíveis e identificáveis (ROZNAI; BRANDES, 2019, p. 01)⁶²¹.

O risco de *backlashes* envolve mais do que o direito das minorias (que obviamente estão em situação de extrema vulnerabilidade e risco nesses contextos de crise), mas requer pensar o futuro da Democracia e sua defesa diante das ameaças. A Democracia só está consolidada quando estão ao seu favor três condições fundamentais: (i) quando conta com o apoio da maioria esmagadora da população, considerando-se

⁶²⁰ Para os autores mencionados, com base em leituras de Pippa Norris, “uma dinâmica de desconfiança que acaba por ter como consequência dinâmicas antagônicas entre elite e povo”, apontando as debilidades das instituições liberais (GOULART; ADINOLFI, 2018, p. 391). Nesse contexto, a crise que alimenta o populismo então encontra em líderes carismáticos (no Executivo e no Legislativo) a promessa de um fortalecimento das estruturas e instituições tradicionais, com a proposta de partidos reacionários em contraposição aos partidos tradicionais e moderados. Obviamente, a estratégia populista aproveita-se de uma crise de representação que também afeta minorias e grupos vulneráveis (pois não deve haver engano que, no Brasil, os governos de viés ideológico de esquerda foram exitosos, mas não muito, nos avanços legislativos e políticas públicas em prol das minorias) e, apoiando-se na insatisfação das majorias e elites detentoras de poder hegemônico, paulatinamente promove a erosão da participação dos cidadãos nas instâncias do Estado e com isso eliminam a participação da população na própria Democracia.

⁶²¹ Como apontado na Parte I da presente tese.

então as *atitudes* que a validam como melhor forma de governo; (ii) quando os atores e órgãos governamentais e não governamentais refletem e respeitam os procedimentos e normas democráticos, o que seria avaliado em *termos constitucionais*; e (iii) quando nenhum ator nacional que tenha projeção significativa mobiliza recursos ou meios para derrubar o regime ou a secessão do Estado, o que se define em *termos comportamentais* dos atores sociais e políticos (TEIXEIRA, 2018, p. 77).

Analisando o panorama contemporâneo, identifica-se uma variação de situações concretas que não permitem uma generalização, mas oferecem elementos para se compreender uma tendência geral numa crise democrática: (i) o grau de apoio popular à Democracia (liberal) tem diminuído dando lugar a progressiva abertura a soluções liberais (e autoritárias); (ii) o grau de aceitação das regras democrática tem sofrido com a deterioração da proteção de direitos cívicos e liberdades políticas e até mesmo erosão da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos⁶²²; e (iii) quanto às forças e partidos antissistema, aqueles de caráter populista têm ascendido (estando ou não no poder) se mostram não como alternativas políticas dentro do regime democrático, mas desafiam as regras e normas do próprio sistema (TEIXEIRA, 2018, p. 77).

O populismo é um problema sério, e não apenas em uma dimensão acadêmica, mas, em termos políticos e éticos, visto que está em jogo o futuro da Democracia (liberal, nesse contexto). A defesa da Democracia não é fácil nesses cenários e, por isso, seria possível considerar três aspectos: (i) os problemas levantados pelo populismo são sérios e precisam ser enfrentados, pois são sentidos pelas populações que aguardam solução; (ii) reconhecer que as democracias estão menos democráticas e que precisam ser mais responsivas e responsáveis, com soluções menos tecnocratas e que compreendam soluções de participação e representação democráticas; e (iii) pensar em como reinventar (ou reinterpretar) a Democracia para que possa ser (res)significada no tempo presente, visto que a Democracia direta funciona em escala reduzida das cidades-estados no contexto da Grécia Antiga e a Democracia representativa na escala alargada do estado nação, mas que hoje já não atende as demandas de uma escala transnacional ou global (TEIXEIRA, 2018, p. 81-82)⁶²³.

⁶²² Essa erosão não pode ser confundida com a necessária superação da formatação engessada da separação de poderes que o populismo tenta reimplantar para frear a tutela de direitos fundamentais enquanto concentra nas mãos do executivo a centralização do poder.

⁶²³ Nesse contexto, entretanto, é preciso pensar que (i) nem todos os problemas levantados pelos populistas são problemas, o que demanda filtrar quais realmente são questões solucionáveis e o que seria pauta ideológica reacionária (essas, sem legitimidade em um ambiente democrático). Além disso, pensar na (ii) ampliação da participação e da representação que deve correr com participação responsável e

O *Backlash*, como indicado por Susan Faludi, utiliza-se dos *subterrâneos secretos da cultura, circulando pelos corredores da bajulação e do medo*, utilizando ao longo do caminho diversos disfarces, “desde a máscara de uma condescendente ironia até a expressão sofrida da ‘profunda preocupação’” por aqueles que não se enquadram na moldura do que é aceito como padrão e certo. Assim, o *backlash* social utiliza de uma estratégia de dividir a sociedade em grupos opostos e inimigos (os heterossexuais contra os homossexuais, gays contra lésbicas etc.), manipulando um sistema de punição e recompensa (potencialmente para enquadrar os dissidentes nos padrões normalizantes), revisitando velhos mitos como se fossem novos, negando os apelos racionais (FALUDI, 1992, p. 21)⁶²⁴.

Como o diferente incomoda, o outro assusta, os grupos conservadores reacionários buscam uma romantização do passado como algo melhor e seguro, buscando legitimar uma suposta vontade popular por reestabelecer tradições, práticas e comportamentos. Subliminarmente (ou por vezes nem tanto) estão tentando positivar (via legislativa) normas que marginalizem e neguem juridicamente os avanços nos direitos dessas minorias que tanto incomodam por saírem do anonimato e da invisibilidade. Assim como, para Dostoiévski, os ricos não gostam de ouvir os lamentos

representação dentro dos verdadeiros moldes democráticos e, por fim, (iii) a reinvenção da Democracia ou sua releitura não pode se dar em dimensões que coloquem em risco a própria Democracia, subvertendo-a em algo que ela não é sobre o pretexto de melhorá-la. Existem muitos interesses econômicos que encontram na Democracia sua arena de segurança, ao mesmo tempo ela também representa para esses mesmos interesses enorme entrave. Por vezes, por influência de interesses capitalistas ou no âmagio de superar o capitalismo como um mal em si mesmo, a sociedade pode abrir às portas para uma erosão permanente e definitiva da democracia, como uma verdadeira *Vitória de Pirro*. É preciso também pontuar o aprofundamento da crise de legitimidade do capitalismo que não está mais sendo capaz de manter a coerção social, ainda que tenha se mostrado (ao menos em tese) um sistema econômico eficiente e promissor, mas que com a globalização se deparou com diferentes condições sociais e culturais e não foi capaz de responder positivamente às expectativas que foram criadas em torno dele. As exclusões que foram, se não promovidas, intensificadas pelo capitalismo também estão indicando seu ponto de limite, bem como a insatisfação de diversas camadas da sociedade quanto à acumulação centralizada de renda. A lógica de homogeneização da globalização também tem intensificado tensões (jurídicas e sociais). Cabe refletir se na “dinâmica do esquecimento e da lembrança intergeracionais e intrageracionais, as soluções passarão pelo Estado Democrático e pela garantia dos direitos humanos”. É igualmente válido questionar as realidades histórico-sociais são complexas e envolvem meandros e contradições que apostar todas as fichas no capitalismo ou acreditar cegamente numa superação do modelo em longo prazo poderia representar uma *vitória de Pirro*, como o próprio capitalismo se mostrou (GOMES; LIRA, 2013, p. 169-170). A reflexão sobre os riscos de retrocesso deve considerar que o capitalismo, por si só, não garante a segurança dos direitos das minorias e uma guinada liberal (como prometido por certas vertentes do populismo) pode representar apenas uma vitória ilusória, com prejuízos permanentes para a Democracia e para aqueles que estão vulneráveis nos contextos de crise. Essa ressalva é importante, pois mesmo entre os grupos marginalizados e vulnerabilizados nas sociedades contemporâneas acabam por ser seduzidos pelos discursos conservadores e populistas.

⁶²⁴ Cabe destacar que Susan Faludi em seus estudos está particularmente preocupada com o *backlash antifeminismo*.

dos pobres, também os conservadores reacionários (grupos opressores) se enfastiam das pautas das minorias oprimidas⁶²⁵.

É particularmente relevante pensar tais questões, pois “Por diversas ocasiões, a bandeira de defesa de algum direito fundamental da pessoa humana serviu – e ainda serve, vez por outra – como chave discursiva de legitimação de posturas autoritárias” (PINTO COELHO, 2012, p. 296)⁶²⁶. É válido grifar que os direitos humanos e direitos fundamentais são por vezes deslegitimados por grupos reacionários em seus discursos públicos inconcebíveis para o tempo presente⁶²⁷.

A forte presença de grupos evangélicos, conservadores e reacionários, nas fileiras da agenda de extrema-direita populista é ilustrada pela bancada evangélica que “oscila entre resistir às mudanças” afirmando a existência apenas das famílias heterossexuais, por exemplo, e entre “provocar mudanças regressivas” como criminalizar o aborto em qualquer situação, o que retroagiria o tema à legislação de 1943. Além disso, vislumbra-se a contradição do discurso evangélico “aderir a certos valores deste mundo”, como a valorização da ética empreendedora (materialista) e o aumento da violência estatal contrariando a lógica de paz e amor do cristianismo (ALMEIDA, 2019, p. 209).

Ao compreender que, no aspecto do reconhecimento, a ética se constrói no plano da vida política e se afirma, por meio da experiência jurídica, compreende-se também que a dinâmica histórica dos Direitos Humanos e fundamentais demanda reconhecimento para se estabelecer como valor exigível jurídico e social “por meio e para além da mera formalização jurídica” (PINTO COELHO, 2012, p. 301)⁶²⁸.

⁶²⁵ No original “[...] E depois a gente rica não gosta de ouvir os pobres se queixando da sua má sorte – dizem que incomodam, que são impertinentes! A pobreza é sempre impertinente mesmo – talvez porque seus gemidos famintos lhes perturbem o sono” (DOSTOIÉVSKI, 2009).

⁶²⁶ Para um maior aprofundamento sobre tais momentos históricos, sugere-se a leitura do artigo *Direitos Humanos entre Discursos, Ideologias e Multiculturalismos* (PINTO COELHO; PEDRA, 2010).

⁶²⁷ De forma surpreendentemente atual a obra *V de Vingança* de Alan Moore traz o personagem Adam Susan (o líder do partido que tomou o poder) pregando um nacionalismo cego (marcado pelo lema “Inglaterra triunfa!”) afirma em dado momento da obra “Eu conduzo o país que amo para fora da desolação do século vinte. Acredito na sobrevivência. No destino da raça nórdica. Eu acredito no fascismo. Oh, sim, eu sou fascista. O que é fascismo? Uma palavra. Um termo cujo significado se perdeu no resmungo dos fracos e traidores. [...] Eu não ouvirei súplicas por liberdade. Sou surdo aos apelos por direitos civis. Eles são luxos. Eu não acredito em luxos. A guerra escorraçou os luxos. A guerra escorraçou a liberdade. A única liberdade que resta ao povo é passar a fome. A liberdade de morrer... De viver num mundo caótico. Devo conceder a eles tal liberdade? Creio que não” (MOORE, 2012, p. 39-40). Ainda que seja uma obra de ficção esse discurso *deslegitimador* dos direitos fundamentais encontra paralelos nos discursos políticos contemporâneos.

⁶²⁸ Nunca é demais ressaltar que as declarações de direitos humanos possuem origem e sentido históricos e não verdades evidentes inferidas pela (e da) razão. Os direitos de solidariedade (ou fraternidade) que compõe a chamada terceira dimensão de direitos implica o reconhecimento de uma mudança de foco sobre os que são esses instrumentos jurídicos consubstanciados nas declarações de direitos. Esse novo

O Poder Legislativo quando não regulamenta tais questões (de minorias) relega ao Judiciário o poder para apreciar essas matérias individualmente sempre que provocado, o que faz com que, nas decisões particularizadas, o Judiciário possa ou não se influenciar por questões religiosas, o que pode gerar um descompasso entre a realidade social e a jurisprudência em relação ao tema (BARANOSKI, 2016, p. 81-82). Considerando o crescimento dos movimentos conservadores e da indicação de ministros conservadores comprometidos com ideologias religiosas fundamentalistas e não com o Direito, apenas revelam-se cenários pouco promissores.

André Ramos Tavares (2005) observa que só existe plena Democracia quando simultaneamente o modelo majoritário esteja presente e assegurem mecanismos de proteção da minoria para que não seja ela sufocada pela maioria. Tavares também afirma que a plena Democracia só é alcançável quando estiverem assegurados os direitos e liberdades fundamentais bem como a subordinação de todos ao governo das leis (TAVARES, 2005, p. 509), o que talvez seria mais bem expressado por um governo do Direito.

Os regimes democráticos têm a igualdade como um de seus elementos constitutivos, aspecto esse de convergência das teorias substantivas mesmo que sob diferentes leituras da igualdade (de visões neoliberais de igualdade formal a visões de igualdade real em teorias mais radicais) (ALVES, 2013, p. 324).

É possível correlacionar, inclusive, as características atribuídas pela doutrina como elementos caracterizados dos direitos humano-fundamentais com o direito positivado em sede do STF relativo às uniões homoafetivas. O direito de constituir livremente uma família está demonstrado como um direito constituído a partir de uma historicidade, como se percebe pela discussão do direito das minorias na história das

horizonte de compreensão dos direitos humanos leva a considerar que o foco agora deve estar também nas relações dos sujeitos sociais entre si (a eficácia horizontal) e entre o conjunto de povos que formam a humanidade (no que poderia ser chamada de eficácia transversal) e não mais apenas entre indivíduos e Estados (eficácia vertical). Os direitos humanos não são construídos pelo Estado, mas são resultados de dialéticas de reivindicações, lutas e reconhecimento entre os grupos sociais e o Estado. Assim, o reconhecimento é o meio essencial para compreender o mundo atual (como mundo cultural) superando-se a cisão entre saber e agir (de Kant), e entre o teórico e o ético, visto que no plano da consciência como experiência é o reconhecimento uma exigência entre indivíduos. Nesse sentido o “reconhecimento é o momento de objetivação das intencionalidades da consciência (noção da fenomenologia de Husserl)” e é na dialética do reconhecimento na expressão da “figura da luta entre o senhor e o escravo” (em Hegel), que “encarna a passagem, não só do plano da consciência ao da autoconsciência, mas dessa ao plano da objetivação social dos direitos, como exigência do movimento inaugurado na luta pelo reconhecimento”. É assim, no reconhecimento que a dialética consegue(ria) mover a história rumo ao modelo social em que a razão geraria uma base de consenso e relações de nomeação seria abandonadas “a uma sociedade onde toda a forma de dominação ceda lugar ao livre” (PINTO COELHO, 2012, p. 300).

Constituições e Tratados Internacionais, bem como pela luta (social, cultural e jurídica) das minorias para que a dignidade de suas relações afetivo-sexuais fosse reconhecida⁶²⁹.

A universalidade é verificável quando se observa que a luta e argumentação jurídica a respeito da legitimidade constitucional e democrática dessas uniões é uma pauta quase que global, como uma temática compartilhada por diversas realidades pelo Ocidente⁶³⁰. O reconhecimento da união homoafetiva está marcado pela característica de abertura, pois traz em si desdobramentos outros em matéria de direitos (sucessórios, meação, obrigações matrimoniais e convivenciais), além de abrir a possibilidade para ampliação de reconhecimento de outras formatações de família. Trata-se de um direito dotado de interdependência com outros direitos humano-fundamentais e que está intimamente ligado às características de maximização e efetividade, sendo possível extrair o máximo de conteúdo e realização desses direitos.

É preciso destacar, com amparo na teoria de Fernando de Brito Alves, que a Democracia, sob uma leitura normativa, se constitui de uma “relação lógica e fática de bi-imbricação com um complexo sistema de direitos”, como demonstrado na luta dos movimentos em prol da dignidade da pessoa humana LGBTQ+. Como realçado pelo autor, apenas em contextos democráticos é possível o exercício de direitos fundamentais, e os direitos fundamentais são essenciais para que exista a Democracia. As tensões entre direitos humano-fundamentais e Democracia surge com o processo de aproximação inconclusa entre eles, o que os faz concorrentes em certa medida, mas não os torna rivais. É um fato que a Democracia, como compreendida e reivindicada na perspectiva substantiva, apresenta potencial para “subverter a lógica dos discursos de classe e assegurar um conjunto de instituições com verdadeiro potencial emancipatório”. Logo, se reconhece que a Democracia contemporânea congrega um contexto de garantias institucionais que comporta ao mesmo tempo a ocorrência de direitos fundamentais e sua constituição como um direito fundamental (ALVES, 2014, p. 37-38).

A luta pelos casais homossexuais pelo reconhecimento normativo e estatal, o que vem a conferir dignidade jurídica (simbólica e real) para essas constituições familiares, é uma demanda tanto política (contra a marginalização político-social) quanto jurídica (omissão e marginalização normativa-institucional), o que importa dizer que se constitui como uma luta pela igualdade. Fernando de Brito Alves, de forma

⁶²⁹ Como está presente no Capítulo V e VI da presente tese.

⁶³⁰ Como está demonstrado no Capítulo VII da presente tese.

assertiva, afirma que a Democracia “ainda que em sua acepção normativa, como direito e princípio, está sempre associada a demandas de igualdade (material e formal) e liberdade”, de modo que a Democracia “não apenas qualifica o Estado constitucional, mas a totalidade do seu direito”, se constituindo tanto como um direito fundamental quanto como uma garantia institucional do Estado constitucional (ALVES, 2014, p. 39). Logo, as movimentações de efeito *backlash* quanto ao direito de constituir família, como um direito fundamental já reconhecido e positivado no sistema brasileiro via controle de constitucionalidade, incorre não apenas em um retrocesso jurídico, mas democrático⁶³¹.

A CRFB/88 apresentou um projeto que fomenta e legitima uma nova cidadania, a cidadania ampliada, como conceito formulado na luta social dos movimentos em prol dos direitos humano-fundamentais, organizados durante o último quarto do século XX, buscando também ampliar progressivamente o significado desses direitos. Essa luta, como resposta aos movimentos ditatoriais busca desde então “implementar um projeto de construção democrática, de transformação social, que impõe um laço constitutivo entre cultura e política” (DAGNINO, 2004, p. 103).

O risco de retrocesso nos contextos de crise, como manifestação do *Backlash*, é particularmente perigoso para a realização da igualdade material, política e social entre as pessoas e para as minorias em especial. Nos contextos de crise, movimentações conservadoras e reacionárias propõem (e estão implementando) agendas de retrocesso em face dos direitos fundamentais. As distopias são ilustrações claras de como elites utilizam-se da insegurança instaurada pela instabilidade social e política para propor

⁶³¹ Compreender retrocessos de direitos fundamentais, flagrantemente pautados por interesses fundamentalistas, conservadores e reacionários poderia ser interpretado como uma fraude contra a Constituição e, conseqüente, a Democracia. Fernando de Brito Alves explica que a ocorrência de uma fraude à Constituição se dá “quando um governo [...] alcança o poder por meio do processo legitimamente previsto pela ordem constitucional” (sistema eleitoral, aprioristicamente democrático, e formalmente obedecido), mas, “posteriormente, revisa, explícita ou implicitamente, a Constituição de acordo com seus próprios interesses, normalmente associados com a sua manutenção do controle do Estado” (ALVES, 2014, p. 41), o que poderia ser entendido também como a manutenção do controle das pautas políticas, na hegemonia e monopólio do poder político. Como ressalvado por Alves, o conceito de fraude à Constituição não se resume às questões eleitorais de estruturação do governo, mas igualmente se aplica quando “ocorre um falseamento ou esvaziamento da pretensão de eficácia da norma constitucional, ficando ela reduzida ao seu conteúdo semântico, e com funções meramente retóricas”. O autor destaca que o mero “fetichismo no discurso constitucional da democracia”, que pode ser entendido como a deificação de sua previsão no texto constitucional, acaba suplantando “a necessidade de institucionalização da democracia” com ocorrências de estratégias de redução da democracia como mero recurso retórico para legitimar opções políticas (ALVES, 2014, p. 40-41).

mudanças em prol de uma realidade melhor, ainda que esteja claro que *melhor nunca significa o melhor para todo mundo, sempre significando pior para alguns*⁶³².

No contexto brasileiro, a história recente, especialmente considerando-se a partir de 2015, aponta que houve uma maior recorrência ao termo *intolerância* descrevendo situações de conflito social como um indicador das tensões políticas descendo para as relações interpessoais (com as divergências políticas e morais tensionando laços de amizade, trabalho e família) por um tempo prolongado e potencializado pelas redes sociais digitais. A *intolerância* surge como referência ao campo religioso, mas no contexto atual teve sua significação ampliada, assim como se deu com o termo *família*

⁶³² Em direta referência ao trecho do livro *O conto da Aia*, onde se lê “Melhor?, digo, em voz baixa, apagada, Como ele pode pensar que isto é melhor? Melhor nunca significa melhor para todo mundo, diz ele. Sempre significa pior, para alguns.” (ATWOOD, 2017, p. 251). Na contemporaneidade, líderes carismáticos e pretensamente messiânicos construíram suas campanhas em frases polêmicas, chavões curtos e rasos, que visavam a adular as massas e, supostamente, traduzir o que o “povo” queria dizer. Considerando que a Arte se presta a ser um mecanismo de reflexão da (e muitas vezes de aviso/alerta sobre a) realidade, contextos de crise e sobre discursos por mudança. Dessa forma revalida-se o permanente frescor de obras como *A Revolução dos Bichos* de George Orwell (1945, *Animal Farm*, no original) por ilustrar em um microcosmo como discursos “revolucionários” podem apenas instrumentalizar a troca de elites no poder sem necessárias mudanças nas estruturas de uma dada sociedade ou mesmo uma revisão do *status quo*. Na obra mencionada os animais insatisfeitos com a situação em que viviam, sentindo-se explorados pelos proprietários da fazenda (humanos) se revoltam e se livram do jugo humano promovendo uma revolução no local. Há uma clara utilização das paixões insatisfeitas para controlar as massas manipuláveis nesse contexto de crise e promessa messiânica. Essa sociedade fragilizada e manipulada assimila alguns preceitos como verdades postas, que muito lembram os discursos fáceis populistas. Alguns axiomas apresentados pela Revolução dos Bichos têm, como exemplo, os dizeres: “quatro patas é bom, duas pernas é mau” criando uma divisão entre os seres vivos (obviamente com a ideia inicial nos seres humanos, pois bípedes) e que se faz presente na dinâmica populismo-conservadorismo-reacionarismo de criar o maniqueísmo do “nós” contra “eles”, a “tradição” contra a “inovação”, “costumes” como algo bom, e o diferente como “subversivo”. Outro axioma apresentado na *Revolução* é “todos os animais são iguais” (clara referência ao princípio da igualdade), que posteriormente ganha um complemento que afirma a igualdade “mas alguns animais são mais iguais que os outros” (demonstrando a existência de classes e grupos considerados como de “primeira categoria” e os “outros”, como grupos marginalizados, perigosos ou indignos). No conto, após a Revolução, os animais retornam à sua condição de explorados, apenas havendo uma sucessão de elites (ou grupos de poder): antes os humanos, agora os *porcos*. Outras distopias também podem ser igualmente mencionadas para demonstrar como situações de crise podem impulsionar retrocessos (impressionantemente reais) no que tange às liberdades individuais e direitos humanos. É possível exemplificar com *Fahrenheit 451*, de Ray Bradbury (publicado originalmente em 1953) onde se instaura um governo totalitário que exerce censura e controle dos meios de comunicação para domesticação da população, banindo para isso a existência de livros, na obra foram os cidadãos que abriram mão da liberdade (voluntariamente) para a obtenção de uma sociedade livre de conflitos. Contexto similar é que o acontece na obra de Alan Moore *V de Vingança* (*V for Vendetta*, no original) onde por meio da manipulação do medo se promoveu um golpe de Estado (usando os mecanismos legais daquele país) onde um partido de índole totalitária ascendeu ao poder estabelecendo um regime diretamente inspirado no fascismo onde se deu o controle da mídia, criaram-se campos de concentração para os indesejados (minorias raciais, religiosas e sexuais) e violência estatal. Essa manipulação pelo medo fica clara em trechos como o do discurso do personagem V quando afirma que “O povo está amedrontado e desorganizado demais. Alguns podem ter tido a oportunidade de protestar, mas foram como vozes gritando no deserto. O barulho é relativo ao silêncio que o precede. Quanto mais absoluta a quietude, mais devastadoras as palmas. Nossos governantes não ouvem a voz do povo há gerações [...]. E ela é muito mais alta do que eles se recordam” (MOORE; LLOYDE, 2012, p. 196). Para uma leitura mais aprofundada sobre a análise da obra, sugere-se a leitura do artigo *V de Vingança e Estado de Exceção* de Bernardo Supranzetti de Moraes (SUPRANZETTI, 2017).

tradicional como um catalisador amplo de significados no campo moral. Ambos, por assim dizer, tornaram-se termos genéricos compreendendo “afetos sociais acentuados no tempo da crise, como vingança, fobia e ódio” (ALMEIDA, 2019, p. 209-210).

Ao analisar as *narrativas de backlash* como uma resposta social e institucional para determinadas tomadas de decisão, o uso da retórica como instrumento ideológico para resistir às mudanças que as ondas de progresso buscavam estabelecer não pode ser ignorado, especialmente por sua posição chave dentro de um ambiente democrático que não pode prescindir de algumas dimensões de debate.

Assim, introduzida a questão, destaca-se que Albert Hirschman construiu sua análise teórica da “Retórica da Intransigência” identificando a desqualificação do discurso do adversário buscando esvaziá-lo ou distorcendo seu propósito e resultados (FERREIRA, 2009). O autor, assim, definiu a existência de três tipos de retóricas conservadoras largamente usadas por grupos reacionários com um refluxo de avanços e políticas progressistas, o que dialoga em muito com as narrativas de backlash, sendo esses tipos retóricos: a tese da perversidade, da futilidade e da ameaça.

Nesse sentido, importantes contribuições são extraídas das lições de Albert Hirschman em seu *A retórica da intransigência* para contextualizar o uso da retórica conservadora contra o reconhecimento das uniões homoafetivas. A narrativa do *backlash* é facilmente associada com a *tese do efeito perverso* ou também conhecida como *tese da perversidade*, como a retórica que alega que um movimento de progresso irá gerar um retrocesso com consequências imprevistas pelos seus idealizadores. O uso da tese da perversidade tem o principal propósito de convencer a opinião pública de que os méritos dos avanços proposto gerarão consequências piores do que a situação anterior à mudança, de modo que a “boa” motivação terá como frutos resultados perversos, incluindo as pessoas que se beneficiariam dessas mudanças em um primeiro momento.

Márcio Poetsch Ferreira examina a primeira tese, a da perversidade, como aquela onde “é enfatizada a conduta destinada à solução de um malefício, [mas] acabando por comprometer ainda mais o problema que, a *priori*, seria de resolução aparentemente viável”. Hirschman, assim, aponta a Revolução Francesa como um exemplo histórico de mudança social que foi largamente atacada por essa retórica, esta sendo usada para alegar que a busca por liberdade, igualdade e fraternidade acabou sendo convertida em violência, perseguição e abuso, o que acabou conduzindo a Revolução a uma política de terror. Nesse sentido, a tese da perversidade busca

defender retoricamente que tomadas de decisões sobre políticas públicas de mercado se converteriam em interferência nociva ao equilíbrio econômico, ou que a assistência social geraria uma população mais preguiçosa e de depravados e com isso mais desemprego e ampliaria a pobreza.

Assim, Ferreira analisa que sob a perspectiva *hirschmaniana* a tese parece supor que “o mundo inteiro é regido por um estado de opinião pública que denota que o melhor caminho a ser seguido para o bem da nação é aquele que o governando [já] está fazendo”. Adota-se com essa tese uma postura de endossar o mérito da tentativa de mudança (com maior ou menor intensidade), mas para argumentar que está sendo mal concebida e gerará resultados indesejados ruins (FERREIRA, 2009, p. 50-52).

Contextualizando a questão para o debate constante na presente tese, o *backlash* na teoria constitucional, se apresenta como uma ameaça hipotética de respostas negativas e reacionárias, maximizando as respostas negativas como forma de “provar” que o uso estratégico das cortes será sempre negativo e prejudicial para os movimentos sociais que dele se apropriam. É o discurso de que a luta pelo direito das mulheres resultará em menos direitos para as mulheres, a luta contra a segregação racial no EUA resultou (e resulta) em mais racismo, que a luta pela igualdade das pessoas LGBTQ+ significará mais discriminação e perseguições.

A segunda tese de retórica reacionária considerada por Hirschman é a da futilidade, que representaria a inutilidade das tentativas de mudança, pois as mudanças seriam apenas aparentes e, por vezes lançando mão de uma lei metafísica (quando não exatamente divina) irá reestabelecer o equilíbrio natural das coisas e o status quo ante será novamente restituído. Nesse sentido, considerando as reflexões da presente tese, seria possível relacionar essa tese com as argumentações conservadoras que os avanços nos direitos homoafetivos de constituição familiar serão derrubados por Emendas Constitucionais (*backlashes legislativos*) ou mesmo por mudança de precedentes (*backlashes judiciais*) das cortes com a composição transformada pela indicação de presidentes conservadores. Com o argumento de que as mudanças são apenas ilusórias do ponto de vista prático e que não vão mudar o estado de coisas, a tese da futilidade tenta desmerecer as tentativas de progresso, visto que um *backlash* (refluxo social ou institucional) irá potencialmente reestabelecer as coisas como sempre foram.

Segundo Ferreira, a tese da futilidade argumenta, retoricamente, “que as mudanças são sempre ilusórias, pois as estruturas profundas da sociedade sempre permanecem intactas”. Hirschman indica que a tese também foi usada para desmerecer

a Revolução Francesa sob a alegação que ela representou pouca ruptura com o passado e que muitas das pretensas conquistas que dela resultaram já seriam anteriores à eclosão da revolução. Ferreira indica que essa retórica da futilidade é “fria” e “abortiva”, se tratando de uma “lei do não-movimento” (ao contrário das duas outras teses que geram *leis de movimento* gerando movimentos indesejados e de retrocesso (FERREIRA, 2009, p. 52-53)⁶³³.

Hirschman destaca que as teses da perversidade e da futilidade podem ser articuladas de formas relativamente simples e não demandam de muita sofisticação argumentativa, podendo ser usadas em diferentes momentos, o que as torna muito sedutoras como instrumentos retóricos de conservadores. A tese da ameaça como uma crítica mais próxima do momento de mudança (já que não demanda de resultados, mas do risco de resultados de retrocesso) ou mais posterior (para apontar que nada está mudando).

A terceira e última tese de retórica conservadora apresentada como instrumento argumentativo para barrar e desacreditar as mudanças progressistas é a tese da ameaça, também conhecida como tese do risco. A tese da ameaça usa do argumento que uma conquista já consolidada (ou um progresso já alcançado) pode ser perdida ou revogada na tentativa de se alcançar uma conquista nova. É uma tese que exige uma sofisticação argumentativa maior, pois parece estar legitimada com uma motivação progressista quando, em verdade, seu interesse é puramente reacionário e jogar com a insegurança de abandonar conquistas as quais, invariavelmente, custaram muita luta, tempo e dedicação.

Para Ferreira, a tese *hirschmaniana* da ameaça apresenta-se como retórica “que justifica que o custo de determinada reforma é muito alto, porque coloca em risco outra realização anterior”. Uma nova conquista acabaria por comprometer e destruir uma anterior, resumindo: “isto matará aquilo”.

Sobre a tese, Ferreira (2009) ilustra a tese da ameaça usando o mito de Prometeu que roubou a chama do conhecimento, repassando-a para a humanidade com a intenção que ela evoluísse, mas, entretanto, isso gerou uma grande punição para ambos, de modo que para os homens representou a vinda da “caixa de Pandora” que ao ser aberta expôs “todos os problemas que afligiriam a humanidade daquela data em diante, tais como

⁶³³ Ferreira faz um paralelo preciso ao relacionar analogicamente a tese da futilidade com o conhecido bordão “Se quisermos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude” presente em *Leopardo* (1959), do Barão de Lampedusa (FERREIRA; 2009, p. 52).

doenças, guerras, etc.” finando a mitológica Idade de Ouro da Humanidade. A tese da ameaça, nesse sentido, conota um contexto que remete ao passado com a perda de direitos, estabilidade política e social, segurança e conquistas anteriores (ainda que tenham sido objeto de resistência reacionária por parte dos conservadores). Essa tese foi suscitada, por exemplo, na expansão do sufrágio sob a alegação que eliminaria a Democracia, geraria a expropriação dos ricos e proprietários (FERREIRA, 2009, p. 53-55).

A visão negativa e alarmista do reconhecimento da união homoafetiva (união estável e casamento) se apresentou nos ambientes jurídico-acadêmicos (doutrina e instituições), políticos e sociais como se o avanço desse direito em uma articulação que pode ser mais bem compreendida com o aporte teórico oferecido por Albert Hirschman (1992) na construção de categorização de três dimensões da retórica conservadora: as teses da (i) perversidade, (ii) futilidade e (iii) ameaça.

A retórica da intransigência de Hirschman revela como segmentos e argumentos conservadores-reacionários repetem uma fórmula já usada (também pela esquerda do espectro político, mas principalmente pela direita) sempre que um movimento de progresso e avanço em matéria de direitos humano-fundamentais foi apresentado. Quando se analisa o fenômeno no cenário contemporâneo, e especialmente considerando a questão da união entre pessoas do mesmo sexo se apresentar como um tabu dentro das vertentes fundamentalistas tradicionais, é possível perceber a retórica reacionária de teor fortemente religioso fomentando o estabelecimento de barreiras ideológicas que podem converter (em maior ou menor intensidade) em argumentos para as teses da retórica da intransigência.

As análises de Albert Hirschman contribuem para refletir sobre a retórica conservadora-reacionária brasileira, especialmente considerando o apoio de vertentes protestantes no Legislativo (como é o caso da chamada “bancada evangélica”) ou no Executivo (como se vê no apoio de vertentes fundamentalistas na eleição de prefeitos, governadores e presidentes).

Quadros e Madeira (2018), estudando esse fenômeno, apontam que bancadas (como a evangélica e a da bala) na Câmara dos Deputados fazem uso “de imagens e identidades para ocupar o espaço político facultado por extratos conservadores da população”⁶³⁴, para tanto avaliam “se o discurso dessas lideranças” representa reações

⁶³⁴ Quadros e Madeira destacam que a investigação por eles desenvolvida não pressupõe (pois isso seria equivocado) “que todos os deputados vinculados às religiões evangélicas ou à segurança pública sejam,

conservadoras pontuais ou com mais consistência e fôlego para apresentar-se como “amálgama a partir do qual surgirá um discurso mais articulado, com maior capacidade de interpelação e mais propositivo”. A investigação por eles desenvolvida sugere um maior ganho de espaço midiático para que a agenda conservadora configurasse “terreno fértil para que a direita no Brasil (ou pelo menos parte dela)” passasse a se assumir como direita (QUADROS; MADEIRA, 2018, p. 489).

Quadros e Madeira (2018), ao articular as análises contemporâneas da tese da ameaça em Hirschman, consideram que a retórica da intransigência tem como argumento conservador que o custo social de determinadas reformas (e aqui, por óbvio, é possível incluir “evoluções” interpretativas na hermenêutica que “atualizem” o texto constitucional) pode arriscar (no sentido de colocar em perigo) as realizações anteriores, conforme apontado por Hirschman (1992). Esse tipo de argumento pode gerar comoção social por tender a sociedade “a reagir sempre que os interesses que defendem estão em causa”. Quadros e Madeira ao adotar parâmetros interpretativos dos termos de “direita” e “conservadorismo” os associam com imagens e ideias de “tradição (manutenção da ordem), hierarquia (oposição à igualdade), ceticismo diante da retificação e reação” em face do que pode ser categorizado como “ameaça” a essas imagens ou ideias (QUADROS; MADEIRA, 2018, p. 491-492).

César e Cunha, também buscando analisar como o discurso conservador reacionário se alia com a retórica religiosa para barrar avanços, observam a base do discurso do pastor Silas Malafaia como um dos expoentes da retórica da intransigência identificada por Albert Hirschman. Os autores fazem essa associação das análises de Hirschman com a retórica conservadora dos grupos religiosos, apontando que o “cerne argumentativo desse grupo” seria “a crença de que a adoção de pautas progressistas poria a democracia em perigo, pois a expansão da competência estatal tenderia ao cerceamento das liberdades individuais”. Todas as teses perversidade (retórica que *indicaria* que as medidas com potencial de melhoria da realidade, “só têm por fim exacerbar a situação que se pretende remediar”), futilidade (retórica que indicaria “que

necessariamente conservadores ou de direita”, também evitando qualquer pressuposição de que tais deputados vinculados se trate de um grupo orgânico. Assim, os autores, buscando “evitar o risco de reificar o objeto de análise” tomam como critério a categoria de “reação conservadora” e de “pautas progressistas e subversivas” como critérios de criação de espaços que liguem lideranças à essas identidades (e categorias) com algum protagonismo “na defesa de valores tradicionais ordinariamente associados às direitas de cariz conservador”. A investigação dos autores dessa forma, se limita ao exame dos discursos apresentados pelos deputados e na análise de projetos de lei e ainda da repercussão pública de determinados debates de grande impacto resultado desses projetos e/ou discursos (QUADROS; MADEIRA, 2018, p. 489).

as mudanças são sempre ilusórias”, visto que não haveria mudanças profundas) e ameaça (retórica indicativa “que o custo de determinada reforma é muito alto, pois coloca em perigo uma preciosa realização anterior”) podem ser identificadas como formulações ideológicas para funcionar como barreiras contra as grandes revoluções, progressos e reformas dos últimos séculos (CÉSAR; CUNHA, 2018, p. 08)⁶³⁵.

Refletir sobre a participação de lideranças religiosas e sua retórica no âmbito da política não se constitui um ato sem razão. As teorizações desenvolvidas por Albert Hirschman ajudam a explicar os debates em desfavor das uniões homoafetivas, ilustrando as teses da perversidade, futilidade e ameaça. Os discursos disseminados nas redes (com forte teor religioso) apontam que permitir a união homoafetiva abriria portas para pedofilia, abusos de crianças (em consequência da possibilidade de adoção por casais homossexuais) e acabaria com o instituto do casamento e da família, impediria o exercício da liberdade religiosa (em condenar a prática e as uniões homossexuais) e liberdade de expressão (ao expressar sua discordância), todos esses argumentos como expressões da tese da ameaça.

A tese da futilidade estaria representada nos argumentos conservadores, também muito atreladas às *narrativas de backlash*, que haveria consequências diretas pelo avanço das pautas de minorias, pois a sociedade insatisfeita iria eleger líderes e congressistas conservadores, que fariam emendas constitucionais, projetos de lei e atos legislativos similares que derrubariam o avanço conquistado, pois, supostamente, isso

⁶³⁵ Não se trata, por óbvio, de nenhuma análise de desmerecimento de religiões ou líderes específicos ou paralelos semelhantes. Esclarece-se que, cientes dos contornos das três teses, César e Cunha, ainda com respaldo em Schimt (1992), apontam que a construção argumentativa de Malafaia para fins de apoio político para determinados candidatos “e o modo estratégico como esse tipo de discurso encontra respaldo” nos três tipos de retórica, funcionando não apenas como oposição à ideias rechaçadas socialmente, como a corrupção e o *antipetismo* ou *antiesquerdismo*, “mas também como forma de dar sentido aos atores no mundo político separando-os entre amigos e inimigos”. Para César e Cunha “o conceito de inimigo corresponde no âmbito real à eventualidade de uma luta em potencial” referenciando um antagonismo concreto de natureza política (cidadão de bem em contraposição do “esquerdopata”), o que torna esse recurso retórico com maior repercussão em uma sociedade de comunicação fortemente marcada pela presença de “debates” em redes sociais. A análise de César e Cunha é relevante por atentar que a retórica de Malafaia se aproveita de condições determinadas históricas e culturalmente, não se vinculando a um conteúdo permanente, mas em relações que são parte do jogo político e, em razão disso, permeiam “as mídias sociais e reforça[m] ou reconfigura[m] certos paradigmas”. César e Cunha extraem das análises de Aldé (2011) e Manin (1995) a compreensão que a internet, a despeito de não substituir outras mídias, as incorpora e serve como instrumento para “usuários com diferentes perfis, aptos a consumir a informação política” e que com o declínio da identificação partidária acaba se voltando para outros referenciais como lideranças religiosas (evangélicas, nas análises desenvolvidas), que atuam “como um atalho de informação interessante” na escolha e apoio de candidatos. Esse fenômeno se destaca especialmente em contextos “de forte personalismo político”, abandono dos partidos como principais fontes (ou atalhos) de informação confiável na tomada de decisões políticas. Atuando como “atalho de informação” lideranças religiosas, como Malafaia, podem voltar a retórica da intransigência como instrumento presente em seus discursos nas mídias sociais “como elemento pragmático, construído para frear o campo progressista” (CÉSAR; CUNHA, 2018, p. 09-10).

teria interferido na “ordem natural das coisas” reestabelecendo uma dimensão conservadora do sistema jurídico.

A tese da perversidade, igualmente atrelada às narrativas de backlash, apontariam para os riscos de se retroceder em matéria de direitos até alcançar estágios piores do que as que estavam presentes antes dos movimentos de avanço. É uma retórica muito presente entre teóricos defensores do minimalismo judicial, que usam os casos de *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade* como exemplos absolutos e universalizáveis de que *contramovimentos* seriam inevitáveis, ao mesmo tempo em que ignoram a confirmação das posturas progressistas no decorrer da História em médio e longo prazo.

Os fenômenos de ascensão do conservadorismo reacionário tornam relevante a revisão das análises desenvolvidas por Albert Hirschman em sua “A retórica da intransigência”, pois há uma dimensão ideológica (religiosa e não religiosa) a ser combatida em uma era de *fake news*, pós-verdades e ausência de uma educação para uso das redes sociais que potencializa o uso retórico e pouco sofisticado das teses da perversidade, da futilidade e da ameaça por meio de manifestações por lideranças e *digital influencers*, cujo conteúdo é fácil e acriticamente consumido.

Quadros e Madeira (2018) argumentam que a movimentação conservadora tem nas pautas progressivas conquistadas no âmbito dos Três Poderes, especialmente nos últimos quinze anos, uma parcela de sua motivação. Para essa análise as contribuições de Hirschman explicam a postura desses movimentos conservadores a partir de uma retórica ou ideologia que enxerga tais mudanças como negativas e prejudiciais, razão pela qual passaram a dedicar esforços estratégicos para impedir (de forma mais assertiva) a defesa de bandeiras que não eram objeto de questionamento⁶³⁶. Entendendo a esse *backlash* conservador como uma resistência (articulada, sistemática e teórica) às tentativas de mudança esses movimentos de direita busca(ria)m “nos parlamentares de bancadas como a evangélica a sua ponta de lança”, de modo que os conservadores buscam catalisar a insatisfação e descontentamento de outros grupos mobilizando-se de modo que passa(ra)m “a abandonar a ‘vergonha’ que o pertencimento à direita outrora pode ter gerado” (QUADROS; MADEIRA, 2018, p. 493). A longevidade da

⁶³⁶ Como colado por Quadros e Madeira, os movimentos de questionamento e resignificação do conceito de família, a união legal (união estável e casamento) entre pessoas do mesmo sexo e as pesquisas com células-troncos embrionárias tem sido munição para concentrar e articular a força mobilizadora do discurso conservador na contemporaneidade no Brasil (QUADROS; MADEIRA, 2018, p. 493) ao que se poderia também acrescentar os debates sobre a descriminalização das drogas e do aborto que tem ganhado mais espaço nas áreas judiciais.

Democracia está positivamente associada a níveis médios de *tolerância política*. A intolerância quanto a homossexualidade parece estar negativamente associada ao nível de desigualdade de um país, o que é fator também relacionado com maior incerteza política e econômica (SELIGSON; MORALES; RUSSO, 2019, p. 237).

O alerta apresentado por Levitsky e Ziblatt, no último capítulo de *Como as Democracias Morrem* (2018), merece atenção por apresentar “cenários possíveis” para o futuro da Democracia⁶³⁷. Os cenários mencionados são: (i) a *recuperação democrática* com o afastamento das políticas extremistas – que é o mais desejado, mas “improvável”. Segundo os autores, a realidade tem testemunhado a presença de regimes autoritários pelo mundo, além da constatação que essa situação não é um fato temporalmente isolado, mas que vem sendo construído como um processo muito anterior às últimas eleições temerárias no Ocidente; (ii) a *manutenção de governos autoritários*, com reeleições ou eleições continuadas com sua mesma herança “extremista”, com a perpetuação de atos de “jogo duro constitucional” para sua manutenção no poder – que são possibilidades sombrias, mas não impossíveis; e, este visto pelos autores como cenário futuro mais provável, como sendo (iii) *intensificação das polarizações* e “por um distanciamento maior das convenções políticas não escritas e por crescentes guerras institucionais”, o que desprotegerá a Democracia (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 196-198)⁶³⁸.

Pinto Coelho e Assis (2017), partindo do referencial de Guy Debord e sua “Sociedade do Espetáculo” (originalmente de 1967, mas com reedições em 1971 e

⁶³⁷ Os autores se referem especificamente ao contexto Trump, mas é possível ampliar essa visão para uma leitura da Democracia como um fenômeno ocidental.

⁶³⁸ Vale a observação que as análises sobre a realidade democrática estabelecidas por Levitsky e Ziblatt são relevantes para a discussão da validade democrática de *backlashes* com objetivos de retrocesso conservadores e de prejuízo de direitos humano-fundamentais conquistados por minorias e grupos vulneráveis. As Democracias estão vulneráveis e passíveis de morte lenta e paulatina por meio de processos formalmente democráticos e legalmente amparados – sendo possível mesmo afirmar que sustentados por uma teoria jurídica que não (cor)responde aos fenômenos atuais (por desconsiderarem as injustiças e exclusões intrínsecas da lógica “democrática” majoritária que tem na dimensão política do Parlamento uma legitimidade quase inconteste). O sistema democrático constitucional precisa ser efetivo em seus mecanismos de proteção para não ceder diante de poderes extremistas e fundamentalistas-reacionários. Os momentos de crise, como se observa, fragilizam (ao mesmo tempo que expõe as limitações) de axiomas democráticos e constitucionais como o sistema de freios e contrapesos e a “voz” parlamentar como vontade do povo soberano. As minorias e os grupos vulneráveis ficam particularmente “expostos” em um cenário de polarização, uma vez que são facilmente apontados em discursos de intolerância e de ódio como “causas” da crise (ainda que isso não faça, racional e factualmente, o menor sentido). A Democracia em momentos de crise e instabilidade deve ser fortalecida (o que inclui um fortalecimento teórico e de fundamento) em suas arenas de guarda da Democracia Constitucional. Sob tais reflexões, a defesa da irretroatividade democrática das decisões de positivação (ou seja, ampliação) de direitos humano-fundamentais via controle de constitucionalidade por parte da Corte Constitucional é, igualmente, um ato de defesa da Democracia.

1992), apontam a espetacularização da política como resultado de um complexo processo que se iniciou dentro de uma lógica de produção capitalista e que foi assimilado como força alienadora na sociedade contemporânea pelo viés do consumo. O crescimento das tecnologias de comunicação e técnicas de publicidade e marketing intensificaram a sociedade do desejo, da valorização do ter e do parecer como aspectos indissociáveis do consumo de massa, potencializando que a realidade individual se tornasse pública.

O fenômeno transcende o seu recorte original e essencialmente econômico para se fixar como um componente cultural nas sociedades atuais, prevalecendo forma e aparência sobre conteúdo e essência, a representação (imagens e performances) é formatada em uma lógica de banalização da cultura, desinformação e jornalismo irresponsável e de “escândalo”. Mediocriza-se a vida cultural e o espetáculo assume-se (com a presença culturalmente fundamental do marketing e da publicidade) como técnica de difundir ideias, discursos e pessoas, tornando-se o espetáculo mesmo uma “mercadoria-signo” (carregado de, e incorporado por, significações e associações simbólicas) que visa a agradar um público consumidor (PINTO COELHO; ASSIS, 2017, p. 548-551).

Pinto Coelho e Assis (2017) analisam que o espetáculo abrange o campo jurídico e o político, sendo esse um fenômeno associado às décadas de 1980 e 1990 (como um marco inicial) quando o Estado passa a se preocupar mais com a “imagem de bom prestador de serviços, que com serviços efetivamente prestados”. A mídia é assimilada como estratégia do Estado para interagir com a comunidade “editando a realidade”. Na América Latina os anos de 1980 e 1990 (com a “falência do projeto de Estado Social”) o efeito da espetacularização se potencializa com a coincidência da redemocratização e aumento da percepção da influência midiática (que passa a ocupar um espaço igual ou maior que o ocupado pelos governos) no exercício de ditar a “verdade”. Pinto Coelho e Assis atribuem à esse fenômeno duas razões principais: (i) a América Latina não teve a experiência de um verdadeiro Estado Social de Direito, como na Europa, logo a espetacularização de “grandes realizações sociais” alimentou candidaturas eleitorais, nas promessas do que poderia ser, e governos eleitos, na supervalorização de situações pontuais e singulares; (ii) na América Latina se identifica uma coincidência de desenvolvimento da força política dos meios de comunicação com a retomada, ainda

incipiente, do ambiente democrático⁶³⁹. Como a América Latina estava marcada por uma “tradição política autoritária e manipuladora” disso resultou que a experiência da tecnologia da comunicação acabou capturada pelo Estado para espetacularização de seus feitos (PINTO COELHO; ASSIS, 2017, p. 551-553).

No Brasil, a organização da esfera pública assimilou a valorização midiática como espaço da conformação discursiva da opinião e vontades coletivas esvaziando o campo do debate político e da argumentação de ideias. A esfera pública migrou para o ambiente midiático impactando no fenômeno político com prejuízo da “neutralidade”. Pinto Coelho e Assis arrematam que a espetacularização da opinião pública consolidou uma ideia prática de que a discussão e a racionalidade do debate perdem lugar para uma proposta meramente emocional e sedutora, nesse sentido “essa opinião pública, por mais que seja compartilhada por um grande número de pessoas, não pode ser considerada ‘pública’” (2017, p. 554).

Em razão disso, o exame dos poderes e limites da Suprema Corte/Corte Constitucional diante do risco de *backlash* é tão extremamente salutar. A Jurisdição Constitucional e as teorias constitucionais são elementos de validação de avanços constitucionais em matéria de direitos fundamentais, mas é preciso traçar limites para que essa mesma jurisdição constitucional não legitime retrocessos. A função política do Direito é com o progresso no processo civilizatório, não podendo mudar apenas para atender interesses ideológicos contrários à Democracia que tem se construído com a *Luta* e com o *Direito* em um processo dialético de defesa dos direitos de todos. Sobre a análise dessa problemática, debruça-se a Parte III da presente tese.

⁶³⁹ Nos EUA e Europa, segundo os autores, ocorreu uma revolução tecnológica dentro de um contexto histórico em que a liberdade de expressão já estava estabelecida, ao contrário da América Latina, que vivia forte repressão das liberdades individuais por conta dos períodos ditatoriais e de ruptura democrática (PINTO COELHO; ASSIS, 2017).

CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Os direitos fundamentais e humanos não surgiram natural e facilmente no Ocidente, mas como processo dialético de discussão e luta social que, ao qualificar o discurso e o argumento em suas pautas, atribuíram relevância jurídico-política para o seu reconhecimento forçando sempre os limites da Democracia para ampliá-la⁶⁴⁰. O reconhecimento também foi se construindo à medida que os grupos vulneráveis e minoritários conseguiram se articular socialmente buscando o reconhecimento político social e espaços nesse sentido. Nesse sentido, no processo de luta e reconhecimento os grupos mais articulados ganharam a visibilidade com suas pautas e aquelas minorias que gozavam de maior simpatia social recebiam a interpretação extensiva de suas demandas, precedentes esses que permitiram que outras minorias, à luz do princípio da igualdade, pudessem reclamar a mesma tutela.

A união homoafetiva não é reconhecida homoganeamente, assim como a aceitação e integração das pessoas homossexuais na sociedade não se dá de forma igual em todos os lugares. Considerando o avanço legal e jurisprudencial que legitimam e constroem uma nova constelação de valores e argumentos em prol do reconhecimento da união homoafetiva, se permite delinear uma teoria transnacional que ampare a aplicação da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais e, particularmente, com relação ao direito de as pessoas homossexuais poderem constituir família em situação de igualdade de direitos.

A igualdade é um princípio de extrema importância para a Democracia e principal argumento e valor para combater as estratégias de exclusão na sociedade. A

⁶⁴⁰ A construção de um direito das minorias se fez tardiamente, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, o que pode justificar a grande resistência de teóricos mais “clássicos” e conservadores de promover releituras da Democracia considerando minorias e grupos vulneráveis como elementos de uma equação que anteriormente os excluía. O processo dialético desses movimentos sociais identitários permitiu a visibilidade das demandas LGBTQ+ e, entre esses direitos, o pleito pelo reconhecimento de participar de (e construir) uma família com iguais direitos já fruídos pelos casais heteroafetivos. O relacionamento entre pessoas de mesmo sexo sempre acompanhou a humanidade ainda que, como regra geral, estivesse sempre apartado das previsões jurídicas. O processo de reconhecimento das dinâmicas familiares homoafetivas e homoparentais foi possível graças a um perfil mais fluido e flexível do Direito de Família, visto que a própria noção de família mudou radicalmente com o passar do tempo. A interpretação dos direitos fundamentais previstos, ainda que fossem caracterizados com uma aplicação restrita (visto que haviam sido previstos para fruição de uma elite), possuíam elementos em seu fundamento que possibilita(ra)m a superação de limites. Sem poder ignorar essas mudanças na sociedade, e reconhecendo que seria impossível limitar as relações humanas ao que os preceitos conservadores e tradicionais da lei elegeram como “sacrossantos”, o Direito passou a promover (re)leituras desses contextos da vida real e a analisar tais dinâmicas com base em novos valores que não mais os tradicionais reprodutivos ou religiosos. Nesse sentido, o reconhecimento da união homoafetiva se efetiva em maior ou menor grau pelo mundo a partir dessa virada epistemológica e à luz de novos valores (que foram, em maior ou menor grau, acompanhados por órgãos e entidades públicas, como se deu com o Direito Previdenciário).

igualdade de escolha na constituição da família é um complemento da liberdade (valor igualmente caro à Democracia) e a de igualdade de viver conforme se deseja é também uma manifestação da liberdade. Reconhecer e proteger a união homoafetiva é agir dentro da lógica principiológica jurídica que tem sustentado o Direito no Ocidente: liberdade e igualdade, ambos pilares complementares da Democracia. As minorias só serão efetivamente tratadas como “iguais” se forem “livres” para viver suas vidas conforme seu desejo. Não é difícil perceber pela experiência histórica que a desigualdade gera a exclusão jurídica, social e cultural, o que implica reconhecer que esses indivíduos não são livres. O histórico das lutas das minorias e o reconhecimento das uniões homoafetivas por um direito tão simples como o de “sair do armário” é um sinal de que a sociedade ainda não é livre e igual⁶⁴¹.

A experiência do Ocidente tem demonstrado a importância do desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional plural, cujas possibilidades jusfilosóficas possam compreender e responder os contextos imperfeitos (ou inacabados) das democracias contemporâneas. Cabe frisar que o desenvolvimento dessa reflexão sobre a dialética entre a Democracia e a interpretação hermenêutica democrática em contextos imperfeitos (ou particulares de construção) está presente na Parte III da presente tese. As reflexões que se seguem pressupõem que reduzir a decisão judicial à simples consideração sobre o que a lei diz significa reduzir o Direito à mera técnica, subtraindo-lhe suas dimensões científicas e como ideal de Justiça. Além disso, o reconhecimento das dialéticas históricas pode se dar no plano da jurisdição constitucional, visto a Constituição ser um resultado da cultura e, com isso, afirmar o reconhecimento da dignidade das minorias e seus direitos ampliando os horizontes democráticos.

⁶⁴¹ É relevante destacar que mesmo que decisões emanadas da jurisdição constitucional sejam objeto de controvérsias e tentativas de backlash (legislativos, judiciais, institucionais, entre outros), os precedentes importantes estabelecidos nesses julgamentos demonstram, atualmente, seu compromisso inegável com o senso de justiça e valores democráticos que se espera em uma sociedade civilizada. Mulheres, negros, populações LGBTQ+ conquistaram direitos que seriam improváveis na área política tradicional (que tem regras bem definidas e que foram criadas para excluir minorias e grupos vulneráveis) nas arenas judiciais. Reforça-se que não foram as Cortes Constitucionais que, de ofício, opinaram em pautas políticas, mas cidadãos titulares de direitos humano-fundamentais que se apresentaram perante essas Cortes (seja em caráter individual ou articuladas em movimentos sociais) para demandar por reconhecimento de direitos que a política tradicional injustamente negava. A História demonstra que a conquista de direitos humano-fundamentais (e na lógica estadunidense, os direitos civis) teve a participação necessária e essencial dos Tribunais e da Ciência Jurídica contra as exclusões perpetuadas pelo sistema hegemônico. Minorias e grupos vulneráveis não tinham (e não têm) representantes na política tradicional que lhes permita o “privilegio” de paridade de participação.

Parte III – JUSTIÇA SOCIAL: A Jurisdição Constitucional, teorias constitucionais e a Função Política do Direito.

Esse novo sentimento não me transformou, não trouxe felicidade, não brilhou de repente. Também não houve nenhuma surpresa. Seja isto fé ou não, e ignoro o que possa ser, o fato é que esse sentimento penetrou imperceptivelmente na alma, por meio dos sofrimentos, e se instalou aí com firmeza

Liev Tolstói em *Anna Kariênina*.

CAPÍTULO IX – CONSITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E AS VISÕES POSSÍVEIS NO PROJETO CONSTITUCIONAL DE 1998

Lá fora os uivos pareciam ainda mais altos. Era como se todo o sofrimento do mundo estivesse concentrado numa única voz. E, no entanto, eu sabia que, se toda aquela dor estivesse sendo experimentada no aposento ao lado por alguém sem voz, acredito (e penso nisso desde então) que eu poderia conviver com ela. É somente quando a dor alheia é dotada de voz e põe os nossos nervos à flor da pele que a piedade brota dentro de nós.

H.G. Wells, em *A ilha do Dr. Moreau*.

Uma visão estritamente jurídica da CRFB/88 “impede o reconhecimento da importância central da política democrática na concretização da Constituição”. Assim, tomando por base a experiência britânica, para quem as questões constitucionais possuem natureza política em sua essência, é salutar desenvolver uma reflexão teórica sobre como a definição de sentido constitucional não pode se limitar à aspectos puramente jurídicos, mas evocar a dimensão política como forma de inserir legitimidade decisória em um ambiente democrático e plural (CONCEIÇÃO, 2016, p. 215), inclusive por meio do uso estratégico das Cortes como *parceiros* da construção de significado.

Luis Pietro Sanchís observa que o regime constitucional e a democracia política parecem hoje representar ingredientes irrenunciáveis para que seja alcançável a configuração de uma organização política com raízes na filosofia liberal (2003, p. 137). É preciso revisitar esses pressupostos e refletir se eles, de fato, compõem o que se poderia entender como núcleo essencial de uma Democracia (especialmente considerando as demandas e realidade brasileiras) e se o modelo liberal ainda atende essas necessidades⁶⁴². Isso implica, outra vez, considerar aspectos históricos.

É fato que a ascensão do Legislativo/Parlamento como espaço privilegiado de tomada de decisão política e de prevalência dentro da teoria de separação dos poderes-funções do Estado se deu por razões históricas, políticas e de manutenção de um nicho para uma classe privilegiada e que, como estava à frente do processo revolucionário, também buscava garantir seus próprios interesses.

Sob tal premissa, Zimmermann destaca que a doutrina de *soberania parlamentar*, como uma teoria política, existia desde o século XIII e já era considerada como um posicionamento relevante pelos juristas ingleses desde meados do século XVII. A estabilidade dessa teoria se sustenta(va) na *suposta* impossibilidade fático-

⁶⁴² Criticar e (re)visitar essas premissas democráticas estabelecidas é necessário. É possível extrair das reflexões de Rancière (2014), por exemplo, que a democracia representativa no contexto atual se apresenta como um instrumento ideológico de negação da participação popular e que, também, nega as relações de dominação existentes na sociedade.

política que a soberania parlamentar gerasse abusos – confiando-se para tanto que o sistema de freios e contrapesos britânicos produziria uma limitação política⁶⁴³. Nesse aspecto, cabe acrescentar que essa lógica aponta(va) para a existência de uma fiscalização recíproca dos conjuntos que compõe os três ramos do Parlamento britânico: o Rei; a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns – o que tornaria inócuo o controle judicial de constitucionalidade como uma necessidade (ZIMMERMANN, 2003)⁶⁴⁴.

Ao analisar o sistema jurídico-político-constitucional na história da Inglaterra, Tavares reforça o funcionamento saudável do “regime inglês de liberdades públicas e garantias dos direitos individuais pelo mecanismo de coordenação de alguns órgãos do Estado” em uma dinâmica de mútuos freios e servindo de inspiração para Montesquieu⁶⁴⁵. O Direito Constitucional inglês, essencialmente consuetudinário, igualmente inspirou a Ciência Política (e a jurídica, por óbvio) no aperfeiçoamento da “contenção do poder do Estado para garantir a liberdade do homem”. A história britânica testemunhou a existência de um *Parlamentum* bicameral (Conselho dos Nobres e o Conselho do Rei) já no século XIII, servindo como “tribunal” de última instância recursal. Após muitas mudanças jurídico-políticas, e desde a Carta Magna de 1215, o Legislativo chegou ao Governo de Gabinete, no ano de 1714, com o exercício do Poder Executivo retirado do rei (TAVARES, 1980, p. 63-64)⁶⁴⁶.

Se posicionam Cynara Monteiro Mariano e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2012) indicando que o constitucionalismo francês adotou o regime de supremacia

⁶⁴³ Quando se reflete sobre o sistema constitucional britânico é preciso constar que ele se fundamenta em uma fusão de poderes e não na sua separação, sendo possível entender essa configuração na medida em que o Parlamento britânico compõe o corpo supremo daquele sistema: trata-se de uma união do *rei* com os *lordes* e *comuns*, até disso é mais do que uma mera casa legislativa, visto ser a Câmara dos Lordes a autoridade judicial máxima, acima da Suprema Corte de Justiça da Inglaterra (ZIMMERMANN, 2003).

⁶⁴⁴ Zimmermann destaca que, dentro de uma perspectiva ideal, o que protege a estabilidade constitucional nessa lógica é a ideia de responsabilidade governamental: Executivo é fiscalizado pelo Parlamento (*accountability* horizontal) que, por sua vez, é composto por meio do sistema representativo via voto, sendo as Casas parlamentares fiscalizadas pelo povo. Assim, para Zimmermann, é a interdependência dos poderes que se transforma no “controle de constitucionalidade” e não a revisão pelas Cortes (ZIMMERMANN, 2003). Ainda que essa pontuação tenha sentido e seja necessário reconhecer que em uma lógica instrumental-democrática, de responsividade e de cidadania ativa e participativa, a seriedade dos envolvidos tornaria a revisão judicial de fato desnecessária, o que a realidade tem apresentado é que essa confiança nas instituições e no compromisso fiscalizatório da população não podem ser tomados como suficientes para que a revisão judicial seja afastada como elemento relevante na garantia de observância constitucional.

⁶⁴⁵ Alguns desses aspectos sobre teoria do Estado se encontram nos capítulos iniciais da Parte I da presente tese.

⁶⁴⁶ Zimmermann observa que na tradição teórica da discussão constitucional no Reino Unido há um forte questionamento quanto à jurisdição constitucional em razão do princípio da soberania parlamentar (*supremacia parlamentar*) que parece retrolegitimada pela ausência de uma Constituição escrita/codificada – o que lhe confere maior flexibilidade jurídico-política, ainda que seja do ponto de vista sociológico (ZIMMERMANN, 2003).

parlamentar claramente motivado “pela vontade de reorganizar o regime parlamentarista”, como forma de buscar evitar a instabilidade experimentada no absolutismo, nos sucessivos golpes de restauração monárquica (com Napoleão I e posteriormente Napoleão III) e nas III e IV Repúblicas. Isso gerou um controle de constitucionalidade peculiar que torna impossível sua ocorrência via judicial durante a fiscalização constitucional. Esse modelo tem o controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo e pelo *Conseil Constitutionnel* como última instância e “uma espécie de terceira câmara do legislativo francês” (MARIANO; LIMA, 2012, p. 174-175)⁶⁴⁷.

A teoria de Montesquieu⁶⁴⁸, que, da França, foi amplamente difundida em toda a Europa ocidental, acabou resultando, em grande parte, em “sistemas jurídicos de supremacia parlamentar” de modo que há sobreposição do Legislativo sobre os demais poderes. Com isso a burguesia revolucionária, especialmente influenciada pela burguesia francesa, atribuiu status ao Legislativo (como essa ressignificação sendo uma conquista da Revolução de 1789) de “legítimo representante do povo” (que na verdade representava quase que exclusivamente a burguesia). Em razão disso, o que se propagou na Europa ocidental como demanda institucional, se sobrepondo à preocupação de equilíbrio entre os poderes (como moderava Montesquieu originalmente), foi o desenvolvimento de mecanismos que adequassem “os poderes não representativos (Judiciário e Executivo) ao poder representativo (Legislativo)”. A visão de princípio da primazia da lei, como se essa expressasse a vontade geral dá origem (ou ao menos fortalece) o princípio da supremacia do Poder Legislativo – o que provoca, por parte de autores como Carré de Malberg (1931) e Schmitt (2007), a leitura de que o regime francês (no período pós-revolucionário principalmente)⁶⁴⁹ seria mais um sistema de

⁶⁴⁷ Mariano e Lima observam que o sistema francês atualmente é “resultado dos vários regimes políticos que se sucederam na história” com a demora na consolidação da República, sucessões conturbadas de “monarquias constitucionais, repúblicas e impérios” com a conseqüente alternância de regimes de “supremacia do legislativo, de domínio do executivo ou de colaboração entre os poderes”. Essa configuração estabeleceu conquistas fundamentais hoje incorporadas: “a forma unitária do Estado, a própria república como forma de governo, a noção de soberania nacional, o sufrágio universal e o regime parlamentar” (MARIANO; LIMA, 2012, p. 175).

⁶⁴⁸ Teixeira destaca, partindo das contribuições de Bonavides (2006), que a preferência de Montesquieu por um modelo representativo de governo se baseava em uma ideia de que “o povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar. Precisava o povo de representantes que iriam decidir e querer em nome do povo” (TEIXEIRA, 2016, p. 24). É, como apontado na tese, um paradoxo elitista e adulator que usa o povo como meio, como instrumento e como manobra e não como um titular de soberania e, por isso, um fim em si mesmo.

⁶⁴⁹ Cabe registrar a ressalva feita pelos autores que, a despeito do forte alicerce da tradição francesa no princípio da supremacia parlamentar, a partir da Constituição dos franceses de 1953, com a fundação da V República, houve uma considerável atenuação dessa orientação com o reforço dos poderes presidenciais e do Primeiro Ministro, ainda que se tenha mantido o regime parlamentarista por tradição (MARIANO; LIMA, 2012, p. 177).

Estado Legal, ou Estado Legislativo, do que um Estado de Direito (MARIANO; LIMA, 2012, p. 176-177).

O modelo francês que orientou a lógica continental europeia possui raízes em uma profunda desconfiança dos tribunais do Antigo Regime (que eram vistos como servis e conservadores) e, por essa razão, lhes foram esvaziadas as competências para exercerem o controle de compatibilidade entre as legislações e as “leis fundamentais” – o que modernamente viria a ser conhecido por “controle de constitucionalidade das leis” (MARIANO; LIMA, 2012, p. 176).

Na experiência revolucionária (do que é, atualmente, os EUA), havia hostilidade maior às leis arbitrárias da Assembleia inglesa, razão pela qual o nascente legislativo estadunidense foi objeto de controle e fiscalização. Essa função fiscalizadora e de controle ficou a cargo do Judiciário – buscando-se, assim, evitar uma ditadura legislativa que os revolucionários atribuíam à realidade na Inglaterra. Além disso, a visão estadunidense de “supremacia judicial” nasce da influência da doutrina do *judicial review* que aborda ser o *common law* um direito superior ao direito parlamentar (o *statute law*), visto que se trata de um direito dotado de fundamentalidade e origem judicial (MARIANO; LIMA, 2012, p. 176).

Essas idiossincrasias entre sistemas jurídico-políticos como Inglaterra, França e EUA, pois tanto a teoria estadunidense quanto a europeia continental (em matéria constitucional, no caso) influencia(ra)m a formação da teoria constitucional brasileira e a forma como é possível interpretar os fenômenos nacionais. Nesse sentido, considerar os debates da teoria constitucional estadunidense, assim como de outras experiências estrangeiras, parece uma postura adequada por sua posição de referência global no Direito Constitucional e particularmente no Brasil, que também é marcado por um modelo de supremacia constitucional e revisão judicial de constitucionalidade (VIEIRA *et al.*, 2018, p. 278-279)⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ Todavia, é salutar pensar nas idiossincrasias desses sistemas para ponderar a validade e aplicabilidade de possibilidades a partir do constitucionalismo político (que possui raízes em uma tradição e participação política de séculos) e do constitucionalismo jurídico (onde o autogoverno possui influências inclusive na produção da construção do direito, com uma maior ocorrência de *juris*, pela eleição de juízes estaduais de primeira instância, pela leitura que é a sociedade que diz o significado do direito e por um sistema de precedentes que privilegia uma certa leitura de sentido do direito), considerando ambas as teorias em um país de legislativo duvidoso, de participação cívico-democrática ainda sendo amadurecida e um judiciário composto por critérios apriorísticos de domínio técnico, mas que pelas relações de dominação limita-se à uma composição quase que majoritariamente de membros da elite privilegiada. Proposições teóricas ideais devem, sim, ser pensadas e discutidas, mas é preciso considerar a realidade brasileira e o estado de coisas aqui presentes. Incurrir-se-ia em um raciocínio leviano a adoção acrítica e descontextualizada de propositivas clássicas de soberania parlamentar na “tradução da vontade popular” ou mesmo em

A teoria democrática, por sua forte herança histórica, ideológica e teórica da democracia liberal, foi formatada com prevalência quase absoluta do sistema representativo como (única) alternativa possível. Partindo dessa premissa, estabeleceram-se pressupostos de um Estado pensado para, ao mesmo tempo, proteger a propriedade privada e interesses individuais dentro de uma dinâmica de “sistema político atrelado ao governo dos notáveis e de uma minoria classista de poder”. Esse modelo clássico atrelado também aos interesses de mercado e de uma minoria detentora de poder (por serem os possuidores de maior influência sobre os governos na estrutura representativa) (TEIXEIRA, 2016, p. 14-15) vão experimentando um processo paulatino e reiterado de contestação – tendo-se em vista que esse modelo não apresenta respostas satisfatórias em uma sociedade plural e que urge ser, verdadeiramente, democrática⁶⁵¹.

Parte-se do ponto de que uma Constituição (e as normas constitucionais que a compõe) “é um documento político-jurídico fundador de uma nova sociedade política” e que estabelece a vida coletiva futura daquela comunidade ao dispor de sua estrutura, seus princípios e seus direitos fundamentais. Há, nesse texto, uma pretensão de durabilidade temporal de modo que ela não se encontra absolutamente acabada quando promulgada, necessitando estar conectada com seus desígnios e, portanto, “estar aberta dentro de seu tempo”. Trata-se de uma árdua tarefa em razão das pretensões presentes em sociedades marcadas por diversidade e desacordos que são próprios de comunidades políticas comprometidamente democráticas, de modo que a interpretação constitucional desse documento aberto se mostra de alta complexidade para as instituições políticas (LIMA, 2018, p. 01, 07)⁶⁵².

confundir participação popular com poder soberano popular (a lógica do *vox populi vox dei*) – visto que fora do plano teórico ideal a aparente crise da democracia liberal (em sentido amplo) e as críticas largamente desenvolvidas em face da democracia representativa (de forma mais específica) afastam qualquer fé absoluta na exclusividade democrática dos Parlamentos.

⁶⁵¹ Ver Capítulo II e III da presente Tese. É possível resumir a importância da correlação naqueles debates e os constantes dos presentes capítulos, à luz dos dizeres de Dworkin ao afirmar que o constitucionalismo é “um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais. Apesar de tudo, uma forte objeção tem sido levantada contra o constitucionalismo: a de que ele subverte ou compromete a democracia, porque, se uma Constituição proíbe o Poder Legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo, isto limita o direito democrático da maioria ter a lei que quer. Caso respeitemos o constitucionalismo, mas também a democracia, o que deveríamos fazer? Qual é o arranjo apropriado entre esses dois ideais?” (DWORKIN, 1995, p. 02-03)

⁶⁵² Aqui estão sendo consideradas as instituições que são dotadas de natureza política em maior e menor grau, destacadamente Executivo, Legislativo e Judiciário, ainda que este último seja objeto de divergência quanto a atribuição de natureza política.

Não se está a dizer que o constitucionalismo político não tenha válidos e necessários argumentos ou críticas consideráveis sobre a participação judicial das Cortes e Tribunais Constitucionais na tomada de decisões com impactos políticos. A questão é que a completa negativa de interferência de um outro poder (relativizando-se assim qualquer orientação de soberania parlamentar ou judicial) parece ser um raciocínio que desconsidera as complexas arquiteturas políticas que articulam os cenários e arenas de deliberação, bem como ignora que os processos democráticos, tais como estabelecidos teórica e normativamente pela tradição política, demandam ressignificação de sentido em uma sociedade plural e complexa⁶⁵³.

Considerando que a presença das Cortes e Tribunais Constitucionais como parte da estrutura dos Estados democráticos *acrescenta* camadas de complexidade no jogo político (jogo esse marcado pela disputa de sentido do texto constitucional), há uma preocupação com o abandono da exclusividade do Parlamento em se arrogar como instituição que vincula os atores públicos e a coletividade, pois seus atos normativos são objeto de controle judicial de constitucionalidade que compõe parte do parâmetro normativo. A disputa pela prerrogativa de (res)significar o produto da interpretação constitucional tem de um lado os parlamentos (compostos, pretensamente, “por portavozes da coletividade, eleitos mediante um processo eleitoral”) e de outro as Cortes e Tribunais Constitucionais (compostos, pretensamente, “por experts, designados por instrumentos não eleitorais”). Tais preocupações alimentam o debate teórico em torno da legitimidade democrática da tomada de decisões políticas e sua revisão judicial (LIMA, 2018, p. 01-02).

É preciso destacar que essa complexidade teórica se mostra particularmente desafiadora quando há sinceras e reais críticas à ausência de representação efetiva das vontades populares (e não se trata de representar “currais eleitorais”; a referência é a interesses da coisa pública e da sociedade como um todo) e a presença de uma priorização das vontades partidárias, suas coligações e de grupos de pressão política⁶⁵⁴.

Além disso, há muitas críticas quanto à qualidade e lisura do processo constante da jurisdição constitucional, bem como da ausência de parâmetros interpretativos na tomada de decisões por parte das Cortes e Tribunais Constitucionais, como é o caso do

⁶⁵³ Essas sociedades plurais igualmente exigem uma apreciação jurídico-política complexa impondo-se a dinâmica de maior articulação e tensão entre Direito (razão) e Democracia (vontade política). Dessas questões resulta, ainda que soe paradoxal, uma democracia ampliada com poder deliberativo/participativo restrito (ou mitigado) a partir de uma racionalização (direito) da vontade (política).

⁶⁵⁴ A tese apresenta uma crítica direcionada no Capítulo III (Parte I) da presente Tese.

STF, o que revela o uso apenas *figurativo* de uma teoria da decisão que mascara um real voluntarismo judicial⁶⁵⁵. Não há heróis ou salvadores nesse cenário que possam receber alguma fé absoluta, ainda que as ocorrências de acerto devam ser consideradas e protegidas em prol da Democracia.

A crise do legalismo⁶⁵⁶, e consequentemente da lógica de supremacia do Legislativo, reflete uma crise do sistema atualmente vigente. Na esteira de Nelson Saldanha (2000), Baez e Mozetic (2014) advertem que situação semelhante se deu na transição do Estado liberal para o Estado social e que se materializa no que chamam de “tendência de incorporação de um Estado judicial” (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 53).

Por sua vez, o controle de constitucionalidade judicial é objeto de críticas por força de (i) a crença no *mito da lei como vontade da nação*, o que implicaria um respeito absoluto e cego às decisões do Parlamento – não cabendo, portanto, controle de órgão externo⁶⁵⁷; e (ii) o *Judiciário* (em parte no imaginário popular em parte na realidade das coisas⁶⁵⁸) *está comprometido com privilégios de uma elite* da qual faz parte (servindo à uma ordem oligárquica e/ou aristocrática) gerando perante a dinâmica democrática uma desconfiança profunda sobre a atribuição de controlar e revisar atos de órgãos que foram eleitos por voto popular (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 129).

Como destacado por Jairo Lima, formou-se na cultura jurídica contemporânea uma ideia dominante, que muito se estabelece como um senso comum teórico, que a interpretação constitucional é atributo de especialistas, sendo esses os juristas, e por conta disso acabam excluindo uma dimensão política do processo interpretativo (e de construção) da Constituição (LIMA, 2014, p. 13)⁶⁵⁹. A supremacia judicial tem sido

⁶⁵⁵ Uma crítica direcionada está presente no Capítulo X da presente tese.

⁶⁵⁶ Que reste claro que a presente tese não menospreza o valor do positivismo jurídico ou mesmo desconsidera sua relevância e pertinência ainda presente no contexto atual (seria equivocado e leviano pensar em qualquer teoria ou prática que implicasse no abandono do positivismo). A crítica aqui é especificamente direcionada à crença limitadora de que a Lei tudo poderia conter e prever de forma satisfatória, como se fora da lei não existisse nada juridicamente relevante ou possível.

⁶⁵⁷ Esse pensamento é fruto de uma herança teórica e cultural inglesa (pelo processo paulatino de se controlar o Estado evitando atos abusivos dos sucessivos monarcas) e também francesa pós-revolucionária que via no Legislativo seus iguais e seletos grupo para alcance dos interesses revolucionários.

⁶⁵⁸ A experiência brasileira e de outras nações apontam as Cortes Constitucionais (e o judiciário como um todo) como um órgão de manutenção de status quo e tradição conservadora, como demonstrado por Hirschl (2009).

⁶⁵⁹ É possível acrescentar que esse pensamento de que especialistas devem decidir afasta o significado da Constituição da participação popular que, em oposição, não é dotada de nenhuma característica especial. Essa ideia de um grupo (uma elite) política e/ou intelectual capaz de interpretar e gerir a democracia foi, segundo Rancière (2014) um pensamento presente como padrão teórico e cultural que se sagrou vencedor na formatação constitucional estadunidense ainda se mantém, fazendo referência ao fato de a classe burguesa exercer seu poder sob a aparência de leis e instituições democráticas formais. Assim, há um

objeto de contestação, especialmente por referenciais da teoria estadunidense, quanto à sua legitimidade e riscos apresentados pelo suposto monopólio da última palavra. O constitucionalismo popular, buscando resgatar uma potencialidade original democrática, se apresenta como uma corrente teórica de questionamento e busca de ruptura dessa postura elitista (VIEIRA *et al.*, 2018, p. 278).

O Estado Democrático de Direito, em toda essa pluralidade de caminhos, não pode afastar o fato que sua finalidade primordial é (ou deveria ser) “a proteção e promoção de direitos fundamentais albergados constitucionalmente”. Nesse sentido, reflexões teóricas do neoconstitucionalismo e das mais atuais leituras da Democracia se mostram necessárias para que se compreendam fenômenos como “jurisdição constitucional” e seus limites, a judicialização da política e o que a diferencia do ativismo judicial.

Essas reflexões demandam, portanto, que se abordem as teorias procedimentalistas por estar preocupada “mais com o procedimento democrático em si do que com o resultado valorativo ou justo a ser obtido”, bem como as teorias substancialistas (por óbvia na acepção substancial de Democracia), uma vez que essa é a “vertente que privilegia a efetividade dos princípios e valores constitucionais, preocupando-se mais com os resultados das decisões” que são vistos (valores e princípios constitucionais) “como possibilidades de direcionamento na condução estatal e na atuação judicial” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 157).

O presente capítulo, nesse sentido, possui um direcionamento para revisitar de forma crítica, algumas teorias constitucionais e democráticas, que permeiam a discussão central da pesquisa. A primeira parte envolve considerar como o constitucionalismo político e o constitucionalismo jurídico (esse identificado em alguma medida na maioria dos casos destacados na Parte II da presente Tese) contribuem para uma Democracia efetiva e como a discussão do constitucionalismo político pode, em alguma medida, contribuir para resgatar dignidade política na construção e fortalecimento dos avanços civilizatórios e progresso em matéria de qualidade democrática das sociedades. Posteriormente há uma preocupação com as teorias democráticas e a possibilidade de o constitucionalismo democrático e popular ser uma via de legitimação de uma proposta substantiva de Democracia.

pensamento antidemocrático crescente mascarado de democracia representativa sustentando uma lógica de governo dos melhores e defesa da ordem proprietária (TEIXEIRA, 2016, p. 22).

9.1. Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Jurídico

A discussão presente nas relações entre Política e Direito não prescindem da relação entre Democracia e Constitucionalismo, que são termos que não podem ser confundidos, mas que apresentam considerável mútua influência. Um desses pontos de tensão, de “consonâncias e dissonâncias entre jurisdição constitucional e democracia” e de conciliação entre o princípio democrático e o controle de constitucionalidade já ocupa(ra)m muito espaço na história do Ocidente (BRINGEL, 2015, p. 11)⁶⁶⁰.

Como apontado por Jairo Lima, com respaldo em Graham Gee e Gregóire Webber (2010), o constitucionalismo jurídico “está associado a um tempo constitucional e um conjunto de princípios constitucionais judicialmente interpretados, os quais servem de limite para a atividade política”. O autor aponta que, o constitucionalismo político pode se tornar nebuloso no que se refere ao seu caráter prescritivo “ante a ausência de instrumentos jurídicos formalizados e limites fixos” (LIMA, 2018, p. 09).

Ainda que uma centralização da democracia na política não seja uma novidade, é preciso considerar que há uma onda teórico-filosófica, construída no decorrer do século XX de forma especial, que busca resgatar o papel de centralidade da política na teoria e prática democrática. Como colocado por Jairo Lima, é preciso tecer críticas “à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade em sociedades democráticas” considerando-se a corrente teórica do constitucionalismo político, no papel do Legislativo no processo político-parlamentar de definição da abrangência dos direitos fundamentais. Essa corrente possui, entre outros, as contribuições teóricas de Jemery Waldron, Richard Bellamy, Mark Tushnet⁶⁶¹ e Larry Kramer, que fornecem uma leitura

⁶⁶⁰ Zimmermann destaca, com as contribuições de T. R. S. Allan (sendo ele um defensor do controle judicial para fins de proteção de princípios constitucionais), que não cabe aos Tribunais e Cortes decidirem concepções de interesse público, e relativiza, por isso, sua oposição à supremacia legislativa quando a produção parlamentar estiver de acordo com os princípios do Estado de Direito (*rule of law*). Essa preocupação de Allan, aponta Zimmermann, é rejeitada por Lord Dicey para quem não há como identificar oposição entre a doutrina da soberania parlamentar e o *rule of law*, pois (i) existe um sistema interno de freios e contrapesos no Parlamento, e (ii) o devido processo legislativo, em consequência, se encontra afinado com os princípios constitucionais. É possível afirmar que, para Lord Dicey, essa lógica defende que o *rule of law* fortalece a ideia de legalidade e soberania parlamentar (ZIMMERMANN, 2003).

⁶⁶¹ Mark Tushnet (1999) é um expoente do constitucionalismo político e do majoritarismo como forma de revalorização dos parlamentos, defendendo o retorno da Constituição para os legisladores por entender que não cabe às Cortes ou juízes o poder de rever o significado da legislação. Tushnet é assim associado com uma ideia de constitucionalismo popular. É possível destacar na teoria do autor a diferenciação entre Constituição grossa (voltada para a estrutura do Estado e de perfil autoexecutável) e a Constituição fina (voltada para direitos fundamentais e não dotada de perfil autoexecutável, mas cuja execução é atribuída ao povo e seus representantes eleitos) (ISRAEL, 2014, p. 93). Lima e Beçak entendem que Mark Tushnet

crítica do controle de constitucionalidade no sentido de “potenciá-lo democraticamente” (LIMA, 2018, p. 02-03)⁶⁶².

O constitucionalismo político não é uma corrente teórica unitária e se trata de uma vertente que busca compreender e defender procedimentos eleitorais e parlamentares de participação direta, o que define uma espécie de restauração do aspecto político (institucional) do constitucionalismo. É possível definir esse núcleo convergente e ainda pontuar, com base em Marco Goldoni (2010), as seguintes características/elementos do constitucionalismo político: (i) a precedência axiológica da política sobre o direito no que se refere à interpretação dos direitos fundamentais; (ii) a relevância do dissenso e da participação política; e (iii) a rejeição em grande medida ou quase total do controle judicial de constitucionalidade⁶⁶³ (LIMA, 2018, p. 07-08).

Para o constitucionalismo político britânico, o precedente (ou seja, a decisão das Cortes) não confere a última palavra a respeito da interpretação moral da Constituição, visto guiar-se pela lógica do “princípio da soberania do Parlamento”⁶⁶⁴. Nessa lógica, a interpretação moral da Constituição cabe ao Poder Legislativo como responsável por toda interpretação da lei ainda que o faça em uma relação dialogada com o Executivo e Judiciário, em um diálogo que permitiria “uma ressignificação do aspecto político

(2013) reconhece mais recentemente que “tanto os defensores do constitucionalismo jurídico como político aceitam que o constitucionalismo contemporâneo requer alguma forma de revisão constitucional abrigada pelo sistema judicial” (2016, p. 287).

⁶⁶² A necessidade de críticas quanto ao controle judicial de constitucionalidade e seu protagonismo no processo de definição de sentidos para a Constituição e para a Democracia não invalidam, em absoluto, todas as conquistas testemunhadas e destacadas na Parte II da presente tese. Como se ressalta na Parte III, a postura contramajoritária e protetiva das minorias é muito mais discursiva do que, necessariamente, prática. Todavia, as decisões retro apresentadas são (como apontado) dotadas de legitimidade democrática em seu resultado e em seu mérito político pré-decisório, visto que a negativa do direito à livre manifestação sexual, de estabelecimento de relações livres e consensuais entre pessoas adultas independentemente de sexo são atributos de uma liberdade e igualdade essenciais para uma Democracia de fato.

⁶⁶³ É importante destacar que essa corrente de político-filosófica é, em grande medida, influenciada pelo princípio da soberania/supremacia parlamentar que, quando interpretada em seus extremos, defende que os atos parlamentares podem, virtualmente, modificar qualquer princípio fundamental ou constitucional, o que afastaria a legitimidade de uma Corte declarar a inconstitucionalidade de alguma medida do Parlamento (ZIMMERMANN, 2003). Ao não reconhecer a existência de um núcleo mínimo (ou duro) que se encontra inacessível ao Parlamento para modificação, essa corrente político-filosófica não parece amparar qualquer tipo de limitação à vontade dos legisladores que se arrogam o poder de representação da soberania popular como fundamento democrático.

⁶⁶⁴ Não se podem esquecer as particularidades do sistema inglês que possui um constitucionalismo fortemente vinculado ao passado, sem rupturas políticas drásticas e sem a influência de nenhuma forma de acordo constitucional (nos termos do constitucionalismo moderno). O constitucionalismo do Reino Unido apresenta um modelo marcado pela continuidade institucional se expressando “através do gradual desenvolvimento de práticas e parâmetros de condutas” (CONCEIÇÃO, 2016, p. 217). Não é difícil perceber que dificilmente essa realidade poderia ser comparável com a história democrática brasileira, marcada por rupturas políticas drásticas, regimes ditatoriais, pouca continuidade institucional. Essas idiosincrasias, entre outras, coloca um peso grande sobre a fé que alguns teóricos apresentam a respeito da viabilidade de um constitucionalismo político no Brasil atualmente.

inerente às Constituições, assim como um maior respeito aos preceitos democráticos”⁶⁶⁵. No caso brasileiro esse diálogo se prestaria a garantir maior respeito aos preceitos presentes na CRFB/88 (CONCEIÇÃO, 2016, p. 216-217).

Apresentando uma postura habermasiana de objeção à ideia de justiça constitucional, Sanchís defende que dentro do legislativo a produção do direito (enquanto norma) passa por controles de constitucionalidade no processo legislativo, sendo estes aspectos de legitimidade do sistema democrático. Apenas em situações ou casos extremos é que seria possível aceitar, seguindo uma perspectiva filosófica habermasiana, que um Tribunal Constitucional conduzisse à rejeição das normas, mas sem incorrer nos encargos do legislador, a quem cabe razões pragmáticas e de políticas que não podem ser revisadas (SANCHÍS, 2003)⁶⁶⁶.

As razões políticas, considerando-se a situação ideal do discurso em Habermas, agregariam possibilidades de participação a todos, respeitando-se cada indivíduo e suas necessidades, sendo, segundo disposto por Cambi, um lugar “onde todos os participantes têm iguais direitos e não nenhum elemento de coerção na busca de normas que possam ser aceitas por todos”. Considerando que se parte de uma perspectiva de igualdade de participação política, aos juízes constitucionais caberia interferência “apenas [para] assegurar as condições do processo democrático de legislação” (CAMBI, 2016, p. 363).

No constitucionalismo político, a intervenção das Cortes se faz legítima ou necessária apenas para manter as regras do jogo democrático e permitir que os participantes do debate tenham seus direitos políticos de participação garantidos. Seria um árbitro do processo, fiscalizando os aspectos formais do procedimento, mas não do mérito e de seus resultados.

Uma crítica possível a essa perspectiva e a sua fé em uma supremacia parlamentar como justificativa de legitimidade democrática, está em uma tentativa de apresentar um modelo kantiano de legislador racional como sujeito transcendental, mas agora no formato de um processo parlamentar ou dinâmica parlamentar, o que pode ser visto como uma confiança superestimada de que esse procedimento decisório possui

⁶⁶⁵ Registre-se que alguns referenciais do constitucionalismo político, como John Griffith com sua obra *The Political Constitution* (1979), apresentam uma forte presença da construção teórica da supremacia parlamentar, de modo a apresentar críticas a uma limitação judicial ao Legislativo por força de uma “carta de direitos”. Há, nessas visões, um grande ceticismo quanto ao processo de tomada de decisões que tenham por base um ideal de justiça, pois “as questões controvertidas da sociedade convivem em um contexto de profundo desacordo” (LIMA, 2018, p. 08).

⁶⁶⁶ É possível perceber que seria uma revisão judicial do procedimento legislativo e não do seu mérito e conteúdo.

mais qualidade democrática que os demais, especialmente quando há tantas fragilidades na dinâmica do Parlamento (Capítulo III).

Zimmerman destaca que, ainda que a doutrina da supremacia parlamentar seja “angular” no constitucionalismo britânico, ela vem sofrendo críticas e contestações por teóricos como Sir John Law que defendem a existência de uma soberania constitucional mesmo diante de uma Constituição não escrita (ZIMMERMANN, 2003).

É possível indicar que, no século XX, houve um especial desenvolvimento da teoria constitucional buscando defender a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade⁶⁶⁷. Um dos mais expoentes teóricos nesse sentido é Ronald Dworkin. Esse desenvolvimento teórico atribui diversos benefícios para o controle constitucional realizado pelas Cortes e Tribunais Constitucionais. Entre esses benefícios se encontram: (i) proteção de pré-condições da Democracia; (ii) proteção das minorias; (iii) proteção da vontade originária do povo constituinte; (iv) o funcionamento como poder de veto na separação dos poderes; (v) composição dessas instituições dentro de um sistema democrático; (vi) exteriorização argumentativa; e (vii) inclinação dos juízes à proteção dos princípios constitucionais. É observável que essa postura promoveu o progresso da proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático; reconhecendo-se que o processo parlamentar pode eclipsar o interesse público pelos seus próprios interesses, não estando imune à captura de grupos políticos de influência (LIMA, 2018, p. 02)⁶⁶⁸.

A hermenêutica estadunidense de interpretação constitucional pode contribuir para uma melhor teorização da ligação entre o universo jurídico e o político. Tal análise

⁶⁶⁷ Algumas das possibilidades de compreensão sobre a resistência do constitucionalismo político em relação à participação de juízes, Cortes e Tribunais na tomada de decisão podem ser apontadas no seguinte sentido: Usando John Griffith como exemplo, Jairo Néia Lima indica que no constitucionalismo político há uma objeção quanto a proteção de cartas jurídicas de direito “do ponto de vista político”, em razão do Direito não poder substituir a Política. Assim estabelecendo que as decisões políticas devem ser tomadas por políticos, não por estarem mais aptos a encontrar uma resposta correta (Griffith rejeita a existência de uma), mas por serem atores eleitos (e portanto substituíveis) e sujeitos à accountability. Do ponto de vista filosófico, por considerar que reivindicações políticas não são sinônimos de direitos inerentes, a autoridade política reconhece(rá) pretensões mais socialmente mais fortes e decide politicamente, algo que não cabe(ria) aos juízes e Cortes (LIMA, 2018, p. 08-09).

⁶⁶⁸ Uma ressalva necessária a título de esclarecimento: a pressão de grupos políticos é saudável dentro de um ambiente democrático e é até mesmo desejável, pois é na dialética dessas pressões e tensões de pressão que a tomada de decisão pode filtrar os interesses “fortes” presentes na sociedade e considerar tais demandas no processo decisório. Minorias e grupos vulneráveis, especialmente, quando politicamente articulados por meio da sociedade civil organizada irão, indubitavelmente, exercer poder de pressão junto aos órgãos representativos (Parlamentos), Executivo (na cobrança e fiscalização de políticas públicas) e, por óbvio, no Poder Judiciário via litígio estratégico e participação como terceiros em processos de interesse coletivo – como se vê nos casos paradigmáticos da história jurisprudencial brasileira e estadunidense.

agrega potencialmente a teoria constitucional nacional, especialmente por envolver “questões como o ativismo judicial, judicialização da política e uso dos precedentes”⁶⁶⁹. Para Ramiro, Ronald Dworkin (2000) defende que a “função política do direito pode ser observada em questões que se apresentam ao judiciário e tratam de problemas de justiça e equidade”. O Direito, segundo o autor, confere forma especial e esclarecedora à controvérsia política que exige (cedo ou tarde) uma decisão fundamentada, coerente e imparcial, orientada pela equidade e justiça social (que são o significado principal do império da lei). Os juízes e as Cortes devem, segundo o autor, orientar suas decisões “em argumentos de princípio político e não em argumentos de procedimento político”, considerando a cultura jurídica e política da comunidade (RAMIRO, 2014, p. 127-129).

Essa conciliação entre visão política e jurídica alcança a possibilidade de leitura do Direito como integridade. Isso justifica uma ordem jurídica concreta, mas orientada em princípios de verniz universal para legitimar as instituições estabelecidas pela comunidade política (RAMIRO, 2014, p. 131). Além disso, ao adotar os argumentos de princípio político, o sistema jurídico está alimentando suas próprias dinâmicas comunicativas internas para traduzir esse argumento dentro de uma estrutura jurídica e responder juridicamente ao princípio político sem perder sua autonomia ou comprometer a integridade do sistema⁶⁷⁰.

O Tribunal Constitucional e as Cortes são estratégicos para a Democracia, e, seguindo os ensinamentos de Cappelletti (1993), André Ramos Tavares (2005) defende que a jurisdição constitucional constitui um perfeito paradigma de Democracia em comparação com lideranças executivas e legislativas (ainda que estes sejam

⁶⁶⁹ Além disso, como destaca Ramiro, os EUA já foi, em alguma medida, como o Brasil é no que se refere à uma tradição jurídica com prevalência para o “raciocínio dedutivo”, com bases nos “silogismos judiciais, como método ou forma da decisão judicial, muito por influência do pensamento europeu que buscava, do ponto de vista epistemológico, o conhecimento a respeito dos princípios e causas primeiras” antes de se tornar um sistema que privilegia “o common law, as decisões judiciais e as práticas do tribunal, o que, sem dúvida, parece algo interessante na medida em que temos por pretensão a aproximação a respeito da interpretação constitucional” (2014, p. 122). Considerando que a valorização das decisões judiciais e precedentes como um caminho de aproximação (não de migração ou mimetização) com o sistema jurídico dos EUA, a compreensão de leituras conciliatórias entre direito e política e da função política do Direito tendem a contribuir para uma visão mais realista e prospectiva da realidade jurídica brasileira.

⁶⁷⁰ É igualmente possível afirmar que a mútua influência se mostra quando, com o desenvolvimento comunicacional e dialógico – mesmo em regimes de tensão – entre sistema jurídico-constitucional e sistema democrático, elementos da ordem jurídica, como princípios constitucionais e argumentos hermenêuticos desenvolvimentos nas estruturas comunicacionais do sistema jurídico são assimilados pela política e integralizados dentro de uma linguagem política (o que se identifica, por exemplo, em uma maior valorização do papel das minorias no debate democrático, a dignidade da pessoa humana como um valor e a relativização do poder da vontade majoritária quando essa se mostra potencialmente nociva para a Democracia substantiva).

considerados como diretamente responsáveis perante o povo). Afirma o autor que o Direito judicial possui natureza dialógica (dialogal, dialogada), o que corresponde ao anseio da legitimidade democrática (que pressupõe o diálogo para a tomada de decisão) por sua inclusão participativa prévia ao processo decisório, visto incluir a possibilidade de participação de grupos minoritários ou politicamente excluídos promovendo a Democracia.

Em sede do controle concentrado de constitucionalidade, abre-se a implementação de uma dimensão representativa para a Democracia, considerando-se a crucial contribuição de pessoas e entidades legitimadas a representar setores da sociedade (TAVARES, 2005, p. 559-560). A perspectiva desenvolvida por Tavares é relevante por apresentar uma possibilidade de constitucionalismo popular democrático mediado por instâncias institucionais que deem voz à cidadania estratégica⁶⁷¹.

Israel (2014), amparado em Levinson (2011), destaca que o constitucionalismo jurídico potencialmente, a despeito de ver no uso do controle judicial possibilidade de proteção de direitos individuais e de minorias, não tem, todavia, sua legitimação na *premissa contramajoritária* ou em um determinado resultado substantivo que ela pode produzir. Trata-se (o controle de judicial de constitucionalidade), como uma técnica decisória que é, de um procedimento *de tomada de decisões jurídico-políticas*. Nesse sentido – e o autor é acompanhado pelas reflexões de Grimm (2006) –, o controle judicial da legislação pode ser estabelecido por uma comunidade política (como uma opção constituinte e de uma cultura política) tanto por circunstâncias normativas quanto político-institucionais não sendo, portanto, uma decorrência lógica do sistema político-constitucional ou mesmo como decorrência lógica do constitucionalismo. A legitimidade do controle judicial de constitucionalidade como outros procedimentos de tomada de decisão, portanto, está em ser um procedimento de tomada de decisões jurídico-políticas, de resolução de controvérsias substantivas existentes em uma democracia política (ISRAEL, 2014, p. 66).

Israel (2014), com respaldo em Levinson (2011), assumindo que o controle judicial de constitucionalidade é um procedimento de tomada de decisão, destaca que é preciso pensar na sua legitimidade sem vinculação com um determinado resultado substantivo⁶⁷². Considerando se tratar de procedimento de resolução de controvérsias político-jurídicas, há sempre uma possível abertura “para respostas substantivas

⁶⁷¹ Essa reflexão está presente no Capítulo XII da presente tese.

⁶⁷² Pois pode ser que o resultado não se enquadre nessa categoria.

supostamente erradas”, visto que todo procedimento de tomada de decisão tem como característica a incerteza quanto aos resultados produzidos (a médio e longo prazo). Israel destaca, com Waldron (1999), que qualquer teoria política possui o risco das decisões substantivas erradas, sendo isso algo normal, não anômalo, pois a vida política convive com o desacordo (ISRAEL, 2014, p. 66).

As Cortes e os Tribunais constitucionais acertam nos resultados substantivos sobre o direito à livre constituição familiar entre pessoas de mesmo sexo (casamento homoafetivo), mas uma teoria democrático-constitucional demanda uma preocupação a longo prazo sobre o uso indevido ou pervertido do controle judicial de constitucionalidade no futuro.

9.2. Democracia Procedimentalista e Democracia Substancialista

O constitucionalismo se apresenta como formatação da ordem que “proporciona um nível de segurança considerável às liberdades individuais, tendo em vista que o poder do Estado se subsume ao ordenamento jurídico”. Partindo-se da teoria formalista se observa que a ordem constitucional pode resolver a tensão entre direitos e poder, mas está limitada a direitos reconhecidos expressamente nesse ordenamento. A existência de direitos que estão fora do ordenamento e a necessidade de se estabelecer vínculos substantivos e objetivos e não apenas formais são fragilidades dessa teoria sob o ponto de vista de minorias e grupos vulneráveis nas democracias contemporâneas. Se o constitucionalismo deve privilegiar resultados garantísticos a serem obtidos, inclusive para preservação e funcionamento da Democracia, faz-se necessário “buscar a proteção dos direitos fundamentais exaltados na Constituição como manifestação máxima da soberania popular”, de modo que esse norteamto e limitação material sobre os atos governamentais apresentam maior proteção das minorias “em detrimento de uma maioria eventual” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 158).

Por “Democracia Procedimental”, pode-se entender aquela que se fundamenta na defesa do “procedimento democrático” ao privilegiar os direitos (e processos) que possibilitam e garantem a participação política e deliberativa “justos”, não considerando nesse critério os resultados alcançados. Na teoria procedimentalista, “valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo” (assim especificando Executivo e Legislativo) (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 153).

A teoria procedimental defende que cabe ao Judiciário “apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial”, na medida em que “a deliberação sobre valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático”. A suposta “irresponsabilidade” dos juízes perante os eleitores seria um fator de subtração de legitimidade desses juízes (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 153).

Nesse sentido, em sistemas como o Brasil, relega-se para a jurisdição constitucional “exercer a função de interpretação/aplicação do direito aos casos concretos”. Como apresentado por Mello (2004), a concepção de “materialidade ou substantividade da Constituição” desdobra-se de *dois vetores*: (i) “de sua oposição à concepção procedimental de democracia” que enxerga a Constituição apenas como “um instrumento garantidor do procedimento democrático” e (ii) do escopo protetor dos direitos e valores substantivos na Constituição (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 158).

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001) defende que, a despeito da Democracia exigir uma jurisdição constitucional ofensiva (e com isso ele quer dizer a “tutela jurídica de direitos constitucionais garantidores de um processo legislativo democrático”), ela não deve (e segundo ele nem precisa) ser considerada como “guardiã republicana de pretensos valores ético-políticos, tidos como homogêneos ou majoritários na sociedade”. O referido autor enxerga como a tarefa da jurisdição constitucional (especialmente no que se refere ao controle judicial de constitucionalidade) “é a de garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos” considerando-as “no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 71, 81).

O controle de constitucionalidade, como se observa, é considerado antidemocrático por parte dos defensores dessa teoria, por enxergarem legitimidade nos Parlamentos e ausência desta nos juízes. Vários teóricos defendem essa corrente teórica como Hart Ely, Habermas e Carlos Santiago Nino sustentando que “os valores da sociedade só podem ser definidos num debate democrático realizado pela própria sociedade e não pelo Poder Judiciário” (por ser não ser composto por membros eleitos). A teoria aceita o papel da jurisdição constitucional “enquanto garantidora do procedimento democrático” protegendo indiretamente “os direitos fundamentais que garantem o processo democrático”. Essa questão, todavia, parece enfraquecer a teoria “na medida em que admitem julgamentos substantivos por parte da Jurisdição

Constitucional” observa-se “tanto na definição de quais direitos fundamentais seriam garantidores do processo democrático, quanto no julgamento e definição dos valores escolhidos e representados por estes direitos fundamentais” como defensores da soberania popular ao restringir o princípio majoritário “enquanto garantidores dos direitos fundamentais de participação política e de acesso ao discurso político”. É possível pontuar essa contradição teórica no ponto que “o Judiciário tem legitimidade para restringir a vontade da maioria tão-somente enquanto guardião do procedimento democrático”, mas não lhe cabe “o papel de legislador positivo ou negativo” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, 154).

O valor e o papel que a teoria procedimental tem para a construção de uma proposta forte de Democracia são inegáveis⁶⁷³, mas afastar a possibilidade de as Cortes comporem parte dos processos de decisão do regime democrático é negar uma vontade manifesta pela própria soberania popular quando se utiliza da jurisdição constitucional para ampliar as possibilidades de debate. A igualdade formal ou de “participação” não são mais suficientes para responder à garantia da igualdade, considerando-se todas as relações de poder e discriminação ativa na sociedade. Isso demanda reconhecer a “busca de uma igualdade material e, portanto, permitindo-se um julgamento de valores por parte do Judiciário, na definição do direito à igualdade no processo democrático”. O princípio majoritário é insuficiente para responder ao contexto de minorias e grupos vulneráveis, pois não permite tratamento igual e sim invisibiliza as minorias e os dissensos pela força “política” majoritária. Nesse sentido, o critério da “votação”, como síntese de processo deliberativo, “como ato político primário nunca irá representar uma verdadeira igualdade para os grupos minoritários ou excluídos” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 154-155).

Considerando o aspecto democrático da Constituição, para a teoria democrática procedimentalista, a CRFB/88 não representaria “um projeto ou plano diretor que deve assegurar prestações sociais”, buscando essa teoria rejeitar excessos de direitos ou valores supostamente presentes nos textos constitucionais (vistos como excessos interpretativos)⁶⁷⁴. Para a vertente procedimentalista, com base na teoria democrática de

⁶⁷³ Como apontado por Kozicki e Barboza essa teoria exerce enorme “importância das garantias e direitos protegidos segundo a teoria procedimentalista, permitindo a segurança jurídica e a obediência ao princípio da igualdade das partes, tem-se que tais garantias procedimentais não são suficientes para atender nossa sociedade, primordialmente desigual” (2008, p. 154).

⁶⁷⁴ Cambi explica que as críticas do procedimentalismo se direcionam ao “gigantismo ou politização do Poder Judiciário”, considerando que esse excesso de interferência na sociedade e sua consideração com

Espinoza (2009), a CRFB/88 deve ser vista “como autolimitada e promotora de mecanismos que evitem que critérios políticos, morais ou valorativos interfiram na dinâmica do ordenamento jurídico de uma sociedade”⁶⁷⁵ (GÂNDARA; CAMBI, 2007, p. 163-164).

Nesse sentido, a efetivação de direitos humano-fundamentais não é um pressuposto da jurisdição constitucional, partindo-se que os dissensos devem ser resolvidos por autorregulação social e pela democracia deliberativa *habermasiana*, “bem como seria possível a coexistência de pluralidades políticas a partir da acepção procedimental da Constituição” (GÂNDARA; CAMBI, 2007, p. 163-164).

Manifesta-se Marcos César Botelho, nessa esteira, dispondo que “na compreensão habermasiana, a Corte Constitucional não pode “criar” o Direito. Seu papel é apenas de aplicação da norma, de concretização” (2010, p. 208)⁶⁷⁶.

John Hart Ely, também defensor de uma leitura procedimental da Democracia, busca defender o princípio de imparcialidade das Cortes e Tribunais Constitucionais, razão pela qual não lhes caberia desenvolver juízo de valor sobre questões morais⁶⁷⁷. O cerne de sua teoria busca defender que o princípio democrático seria superior e precedente a princípios substantivos, sob este fundamento a jurisdição constitucional incorreria em ilegitimidade ao usar de valores substantivos para decidir questões democráticas. A melhor forma para que subjetividades dos decisores judiciais maculassem a integridade do processo democrático seria limitar a tomada de decisões

juízos morais na decisão de questões controvertidas violam a “imparcialidade” e debilitam a democracia representativa que perde “protagonismo” nas decisões (CAMBI, 2016, p. 360).

⁶⁷⁵ Cambi destaca que para a teoria procedimentalista, a jurisdição deve apenas corrigir desvios eventuais que surjam na representação e participação política das minorias, mas sem uma preocupação substancial dessa participação, bem como leva em consideração mais uma ideia de minoria parlamentar do que minoria social (CAMBI, 2016, p. 360).

⁶⁷⁶ Gândara e Cambi reforçam a visão habermasiana que “a Constituição não deve ser compreendida como um texto no qual se estabelece uma ordem jurídica global, mas sim ser entendida como um instrumento para que os cidadãos se autodeterminem a partir de procedimentos políticos” partindo de uma leitura de Espinoza (2009) sobre a questão que também percebe, segundo os autores, que a “atuação da Jurisdição constitucional, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes e à legitimidade democrática de produção do direito, deve ser restrita à proteção do sistema de direitos que assegurem a autonomia privada e pública”. Segundo Gândara e Cambi, Lênio Streck (2003) argumenta linha dispondo que a teoria habermasiana não enxerga na jurisdição constitucional o papel de “protetor de valores substanciais em uma ordem suprapositiva, mas se limitar a compreender a Constituição em sua dimensão procedimental, contendo-se em proteger a criação democrática do Direito por meio do processo” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 164).

⁶⁷⁷ Conforme Israel “O problema da teoria de Ely é a restrição do controle judicial de constitucionalidade ao aspecto procedimental. No entanto, como se percebe, boa parte das condições para o funcionamento do processo democrático encerram um direito substantivo. Aliás, a própria noção de democracia compreende aspectos substantivos” (2014, p. 142)

aos Parlamentos, na condição de representantes do povo que são “politicamente responsáveis perante o povo”⁶⁷⁸ (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 164).

Como destacado por Gândara e Cambi, “[o]s argumentos trazidos à discussão pelos teóricos do procedimentalismo são inegavelmente fortes e bem projetados”, todavia, isso não faz deles imunes a críticas, pois, “pelo contrário, encontram forte resistência dos teóricos substancialistas, que opõem diversas restrições às suas concepções e teses” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 164-165).

Considerando que até os teóricos da democracia procedimental conseguem aceitar que existe um papel (ainda que mínimo) da jurisdição constitucional para que se garanta a proteção do processo democrático não é possível afastar que a decisão tomada por esse procedimento envolva o uso de valores substantivos, o que permite concluir que valores substantivos não são necessariamente uma ameaça para a democracia. É possível inferir que “ao defender que um processo democrático legítimo e justo” se legitimam “as leis, os procedimentalistas acabam admitindo algumas pré-condições necessárias” ao próprio procedimento de modo que ele se torne o mais adequado possível, sendo essas condições “liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos”, por exemplo (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 156).

Os mecanismos de construção tradicional das decisões em Democracias representativas são compostos pelo princípio majoritário e nesse ambiente “as minorias raríssimas vezes conseguem, nas expressões simbólicas e culturais, furar o bloqueio da composição dos parlamentos”, mesmo que se trate de minorias não numéricas (como as mulheres, os afrodescendentes etc.). Nesse sentido, Guerreiro Filho (2019, p. 149) questiona as reais possibilidades democráticas em um debate orientado pela regra da maioria ou mesmo vazio de “discussões pedagógicas ou permeado por informações falsas ou produzidas como peças publicitárias”.

A luta por reconhecimento, segundo o autor, é discursiva e existencial, o que demanda um “discurso complexo e integral” que permita “reflexivamente superar os preconceitos, encontrando também no reconhecimento um senso de justiça” (GUERREIRO FILHO, 2019, p. 149).

⁶⁷⁸ Aqui é possível encontrar uma aproximação entre o constitucionalismo político e a teoria procedimentalista da democracia, mas não é possível confundi-las. A democracia procedimental é, em essencial, parte do constitucionalismo jurídico, já que aceita a atuação judicial como fiscal das regras procedimentais e aceita, em alguma medida uma visão de juízo de valor pelo procedimento (e não pelo resultado). O constitucionalismo político rejeita a revisão judicial quase que total.

A corrente substancialista da Democracia enxerga na jurisdição constitucional espaço de interpretação “da vontade geral ou dos valores substanciais implícitos no direito positivo”, acreditando que cabe às Cortes e Tribunais Constitucionais o dever de “concretizar, mesmo contra as maiorias eventuais, o conteúdo democrático da Constituição” partindo-se de um resgate do “caráter transformador da Constituição, para que se possa assegurar a devida força normativa aos princípios e regras constitucionais” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 165). É uma perspectiva hermenêutica da norma fundamental como uma “Constituição viva” e que, por isso, está passível de transformação no decorrer do tempo.

No Estado Democrático de Direito, é necessário “considerar a importância da leitura substantiva de Constituição para correção e justiça” dada a falibilidade das instituições e procedimentos democráticos⁶⁷⁹. Defende-se, por essa teoria, “que o processo democrático, se considerado apenas como procedimento, não demonstra aptidão suficiente para proteção adequada de valores substanciais”. Existindo a premissa de que os resultados nem sempre serão corretos, surge imediatamente preocupação com a ausência de garantia e, como consequência, “a busca pela concretização do justo processo”. O processo democrático procedimental, se mostra insuficiente para essa teoria, pois, ainda que exista um espaço para “a discussão de importantes valores substantivos, ele não agasalha todos os anseios de justiça substantiva”, visto ser necessário em algumas circunstâncias ir além. A corrente substancialista nega a postura passiva do Judiciário “ante as realidades sociais” entendendo pela possibilidade de sua atuação “como legítimo garantidor das promessas modernas, como reflexo do Estado Democrático de Direito” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 165).

⁶⁷⁹ Como apontado por Gândara e Cambi: “a tomada de decisões não está imune a erros, ou seja, podem existir falhas nos julgamentos das instituições democráticas que gerem resultados indesejáveis. Afinal, o Judiciário é composto por seres humanos e, apesar de existir mecanismos recursais, equívocos na interpretação e/ou na aplicação das regras e dos princípios jurídicos não podem ser totalmente afastados” (2017, p. 165). Dworkin estabelece que é necessário fazer “uma distinção, então, entre normas constitucionais possibilitadoras, que constroem um governo da maioria estipulando quem deve votar, quando as eleições devem se realizar, como os representantes são designados para os distritos eleitorais, que poderes cada grupo de representantes tem, e assim por diante, e normas constitucionais limitadoras, que restringem os poderes dos representantes que as normas possibilitadoras definiram. Não podemos dizer que apenas as normas possibilitadoras são pré-requisitos da democracia, porque algumas normas constitucionais que possam, aparentemente, ser normas limitadoras são plenamente essenciais à democracia. Uma maioria destruiria a democracia quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo modo que se negasse voto à mesma, por exemplo” (DWORKIN, 1995, p. 03-04,)

É importante destacar que essa corrente teórica não enxerga a jurisdição constitucional como ilimitada, visto defender “a existência de limites e imposições constitucionais fixados pelas Constituições”, e, considerando se tratar de um Estado Democrático de Direito orientado pela Constituição, cabe ao Estado “se movimentar no sentido de positivar e implementar as ideias de justiça, estabelecendo metas a serem alcançadas com vistas ao cumprimento das finalidades constitucionais” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 165).

Cabe ainda acrescentar que os direitos fundamentais também possuem um papel contramajoritário na Democracia substantiva, inclusive, sendo um aspecto diferenciador de outros direitos também reconhecidos. Os direitos fundamentais, nessa dinâmica, fundamentam (dentro de uma conceituação geral e formal) a garantia ou não desses direitos, de modo que se assume como pauta tão relevante que relegar tal decisão para uma maioria parlamentar simples não seria adequado (ALEXY, 2011, p. 446).

Os direitos fundamentais possuem dupla significação que vincula sua eficácia de modo que os detentores do poder estatal (Legislativo, Executivo e Judiciário) estão obrigados de acordo com um critério formal e institucional, bem como as funções exercidas por esses órgãos estão obrigadas/vinculadas por um sentido material e funcional. Dito de outra forma, todos os âmbitos do Estado (Legislador, Administrador e Juiz) devem respeitar e proteger os direitos fundamentais de modo que apenas em razão desses direitos ocorra alguma ingerência (mas sempre em situação de significativa exceção). O efeito vinculante dos direitos fundamentais (cujas normas definidoras têm aplicação imediata), nos termos do parágrafo primeiro do Artigo 5º da CRFB/88, estabelece que os órgãos estatais devam atuar no sentido de realizar esses direitos e não podem deles dispor (SARLET, 2004, p. 327).

Lênio Streck explica que a teoria substancialista “entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes”, a jurisdição constitucional deve “assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais” a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente quando constante na Constituição e “nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente” (STRECK, 2003, p. 271).

A discussão não é nova e envolve uma superação de paradigmas dentro do próprio Direito. Existem juristas renomados⁶⁸⁰ que adotam uma postura resistente e que

⁶⁸⁰ Pode-se citar Lênio Streck como um destacado jurista que teoriza sobre o ativismo judicial e que tem atacado, desde 2011, a decisão do STF em reconhecer a união homoafetiva em sede de controle de

têm advogado fortemente contra a decisão do STF sobre as uniões homoafetivas assumindo uma visão limitada (com argumentos hermenêutico-teóricos que demandam superação para a efetividade da Ciência Jurídica no país). Galdino *et al.*, ao adotarem uma postura de desconfiança quanto ao papel político das Cortes, apontam que a atuação da via judicial, de forma irrestrita e integral, mesmo como via de consagração de anseios populares (destacadamente, das minorias e dos grupos vulneráveis) é objeto de crítica por, supostamente, ameaçar a Democracia. A ameaça se daria pelo uso de termos genéricos e conceitos fluidos que podem ser usados para legitimar argumentos ao invés de, com fundamento jurídico, delimitar racionalmente esses argumentos. Esse receio alerta para o risco da postura do Judiciário se transformar em uma faca de dois gumes, “visto as experiências históricas onde não se pode prever, ou seja, se um ativismo será feito para o bem ou para o mal da sociedade” (GALDINO *et al.*, 2019, p. 423).

Assim, como meio de afastar as críticas apresentadas ao processo decisório do STF, é válido destacar na interpretação objetiva “o cumprimento das normas que dão sustentação ao Estado de Direito”, de modo que o intérprete assume diversos papéis: (i) o de efetuar o controle de constitucionalidade ao “reescrever” a Constituição de forma interpretativa – sempre de modo a salvaguardar o cumprimento de seus princípios e valores; (ii) efetuar esse controle à luz dos preceitos analisados concomitantemente, tendo sempre os direitos fundamentais como nortes interpretativos; e (iii) preservar o máximo e sacrificar o mínimo de direitos, de modo a garantir maior tutela da lei (BONAT; SCHIRMER, 2016, p. 65).

Adotando uma perspectiva de teor construtivista do Direito, é possível identificar que (i) *as Cortes asseguram o processo de formação da vontade democrática* ao incluir “grupos sistematicamente excluídos dos processos decisórios e desprovidos de qualquer voz” no âmbito político⁶⁸¹, evitando discriminações quanto à participação

constitucionalidade. O jurista em questão sempre apresenta a ressalva de que reconhece ser uma pauta justa, mas é da postura que em respeito à democracia e à separação de poderes, essa decisão teria de ser feita pelo Parlamento. O referido jurista não acredita na existência de normas constitucionais inconstitucionais, o que o leva a não compreender a legitimidade da interpretação conforme a própria CRFB/88 que elenca outros princípios como a não discriminação, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, entre outros.

⁶⁸¹ Que seriam, por exemplo, o direito ao voto para determinados grupos, direito de associação e reunião, liberdade de expressão – todos ligados à participação no processo político (partidário e não partidário). Gândara e Cambi discorrem que “[a]s atuações do Legislativo ou do Executivo, que contenham desvios ou compreendam omissões normativas, ressaltam a importância das teorias substancialistas”, pois, segundo Espinoza (2009) os direitos fundamentais devem ser garantidos pelo papel destacado do Judiciário. Os autores afirmam que “[a] partir da adoção da aceção substancial da Constituição, o Poder

das minorias; (ii) *as Cortes protegem direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da Democracia*, sendo Dworkin um representante desse pensamento, visto que o autor busca a reconstrução da concepção de Democracia enxergando-a como um esquema procedimental incompleto, mas orientada para um ideal, não alcançável apenas por procedimentos formalmente igualitários, de modo que a realização da igualdade precederia o procedimento majoritário. Aqui se expande a ideia de atuação das Cortes para além da estrita competição política abarcando outros direitos em busca de uma melhor concepção de Democracia (MENDES, 2008, p. 57-58).

Nesse sentido, como consequência, (iii) *as Cortes protegem os direitos das minorais e impedem a “tirania da maioria”*, o que justifica a legitimidade do controle judicial para que a Democracia opere a partir da vontade da maioria, sem que possa reprimir ou tyrannizar a minoria. A vontade majoritária é limitada pelas Cortes, ao que se impõe uma leitura substantiva da Democracia e, nesse sentido, negativas quanto “a importância da proteção de direitos das minorias equivaleria a retomar argumentos de uma tradição intelectual insustentável e derrotada pela história” (MENDES, 2008, p. 60)⁶⁸².

Tavares (2005) analisa que reduzir o Direito ao princípio⁶⁸³ arbitrário de que Direito “é o que a vontade da maioria momentânea diz que ele é” não apenas é falacioso como também é um viés antidemocrático. Como colocado pelo autor, o Direito se afastaria (segundo essa lógica arbitrária da vontade da maioria) dos valores republicanos de liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade, dos ideais da Justiça e do conceito de dignidade humana, razão pela qual a legitimidade da Corte Constitucional desponta como meio de manter a integridade democrática do sistema.

Judiciário pode garantir a defesa dos direitos dos marginalizados politicamente, que não dispõem de meios para acessar a arena política e se constituir como parte de um sistema dialogal (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 166).

⁶⁸² Mendes destaca a necessidade de contenção das Cortes no sentido de não adentrar no domínio de juízos morais substantivos da Democracia, evitando o povo de governar a si mesmo (quase que enfatizando o povo) e colocando-o sob os cuidados de uma “elite” mais bem habilitada para fazer as escolhas. Para Mendes, John Hart Ely enxerga a Democracia como “um mercado de interesses que devem ser agregados” e defende essa posição ao mesmo tempo em que defende uma visão limitada do método não-interpretativista (não preso ao texto) por receios de que incorra em excessos substantivistas. As críticas desenvolvidas nesse sentido são pertinentes, pois reconhecer a mutação do sistema democrático para reconhecer as Cortes como espaços de representação política e democrática não importa em declarar as Cortes como “emissárias do Povo” ou uma supremacia absoluta do Judiciário (da mesma forma que é equivocada uma ideia de supremacia absoluta do Parlamento). Ao interpretar a Constituição a corte está seguindo a vontade soberana do Povo estabelecida em uma vontade permanente na função do Estado no exercício soberano do Poder Constituinte (MENDES, 2008, p. 58-62). Essa dualidade ou dicotomia de visões encontra em Dworkin a possibilidade de superação, bem como uma possibilidade de leitura moral da Constituição ao propor o argumento *do Direito como integridade* (RAMIRO, 2014, p. 119).

⁶⁸³ Obviamente não se está falando aqui de *princípio jurídico*.

Tavares (2005) evoca as contribuições de Rezek (1986) questionando o axioma de que em uma Democracia “não há forma alguma de legitimidade sem suporte das urnas”, que é sustentada também pela crença de que sujeitos independentes da escolha eleitoral (ainda que comprometidos, em tese, tão só com a ordem legal e constitucional) poderiam, aproveitando-se disso, construir um *governo dos juízes* (ambiente que provoca aversão dogmática) como um tipo de *governo dos homens*, e não das leis (TAVARES, 2005, p. 509-510).

Alves e Oliveira (2014, p. 39) e Gândara e Cambi (2017, p. 166) destacam na vertente das teorias substancialistas a percepção da Constituição como mais do que um simples documento, tendo como funções pronunciar, assegurar e proteger direitos fundamentais, e a Democracia demanda que o bem comum seja considerado e protegido contra as vontades majoritárias, levando-se em conta as minorias desprovidas de representação política nos processos tradicionais de deliberação, o que as coloca fora do debate e, com isso, seus direitos e interesses são desconsiderados supostamente dentro de uma lógica democrática – o que é inadmissível. A atuação contramajoritária para proteger a lei e a Constituição e a sobrevivência das minorias defendida pela corrente substancialista fortalece a Democracia e não contrário, “na medida em que se reafirmam os direitos fundamentais de todos, não somente da maioria” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 166).

Como apontado por Zimmermann, há um movimento crescente de compreensão de um paradigma constitucional presente (ou formado) pela bipolaridade soberana entre Parlamento e Cortes ou Tribunais Constitucionais (ZIMMERMANN, 2003). É possível refletir que melhor se configura reconhecer a existência de uma soberania constitucional que se aperfeiçoa nessa tensão (potencialmente) dialógica entre Parlamento e Cortes que, com o Executivo e a sociedade (cidadania ativa e participativa), estão construindo o “romance constitucional”.

9.3. Constitucionalismo Democrático e Popular: uma conciliação possível (?)

A teoria constitucional, em uma perspectiva democrática, passou (e passa) por renovações epistemológicas sobre o papel das instituições nas democracias contemporâneas, indo de posturas que sustentam as supremas cortes como foros dos princípios e ocupantes de um papel central na proposta de Dworkin, passando uma defesa de protagonismo do parlamento e presidência nas propostas de Cass Sunstein, até

uma tentativa de situar as Cortes como responsáveis por controlar o processo político majoritário na perspectiva mediadora de John Hart Ely (CERQUEIRA NETO, 2014, p. 291-292).

Há extremos a serem considerados nas reflexões teóricas sobre o papel do Parlamento e das Cortes. Dorwin e uma leitura idealizada do judiciário e Jeremy Waldron e uma leitura idealizada do Parlamento e sua busca por resgatar a dignidade do Legislativo. Da mesma forma que, conforme denuncia Waldron, o Legislativo figura como palco de negociações e jogos de interesses, sendo representado por imagens com conotações negativas e quase nenhuma decisão (comprometida com a) política com princípios, cabe também questionar uma visão de que há mais ganhos nos resultados da atividade judicial. Além disso, parece ser preocupante a leitura de que a arena judicial se apresenta como um “espaço privilegiado para disputas e discussões”, pois isso implica perceber que “há algo de errado com a capacidade de mobilização e manifestação popular daquela sociedade” (CERQUEIRA NETO, 2014, p. 292-293).

Na maioria dos casos, os tribunais aplicam o direito positivado sempre que possível, considerando tanto a separação dos poderes, quanto o valor democrático representativo da produção parlamentar. Entretanto, seguir o direito positivado pelo Parlamento envolve definir termos e limites legais, sendo que essa definição em casos complexos recai sobre a Suprema Corte e Cortes Constitucionais.

A construção democrática do Direito não está em que se façam leis, mas na qualidade das leis que são produzidas. Mesmo existindo divergências em uma sociedade, cabe a essa sociedade e às instituições democráticas, considerando sua história e um compromisso com os direitos humano-fundamentais, garantir que uma cultura solidária de valorização da dignidade humana busque o que é melhor coletivamente. Enquanto esse grau (ideal) de maturidade não é alcançado, o recurso aos tribunais constitucionais continuará sendo uma ferramenta democrática para que as minorias e os grupos vulneráveis possam questionar a validade das leis.

É válido destacar que as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais são apenas alguns dos atores que compõem a dinâmica de reconhecimento dos direitos das minorias, o que inclui o debate sobre igualdade sexual. As experiências globais têm indicado o diálogo institucional das Cortes com os legisladores nacionais fornecendo diretrizes e esclarecendo princípios relevantes que devem ser implementados no nível legislativo (SPERTI, 2017, p. 85).

A proposta de uma construção teórica de constitucionalismo popular⁶⁸⁴ surge na teoria estadunidense como uma resposta ao conservadorismo (instrumentalizado com o ativismo judicial conservador) da Suprema Corte na primeira metade do século XX, buscando se estabelecer como uma corrente teórica (jurídica, política e filosófica) de crítica quanto a supremacia judicial na interpretação constitucional e busca resgatar os movimentos sociais como importantes atores da criação de sentido da Constituição (KOCK; COURA, 2018, p. 217).

O princípio democrático foi distorcido pelas elites para alijar os processos não organizados de debate público (ou seja, institucionalizados em instância controláveis por essas elites). Como resposta a isso, o constitucionalismo popular busca reivindicar o protagonismo do povo recuperando na experiência popular (a princípio no contexto estadunidense) o sentido da Constituição e seus significados. A proposta, ao fundamentar-se na efetividade do poder exercido pelo povo como premissa democrática revigora valores essenciais do constitucionalismo⁶⁸⁵, superando uma leitura tradicional de interpretação pelos Três Poderes, cabendo ao Poder Judicial, na experiência nacional brasileira, a prerrogativa de resolver controvérsias sobre normas constitucionais. É preciso, nesse sentido, repensar verdadeiramente a teoria democrática com a proposta de reconhecer que a interpretação constitucional cabe a todos que vivem sob a égide de uma Constituição (KOCK; COURA, 2018, p. 217-218).

Há duas vertentes do constitucionalismo popular: (i) constitucionalismo popular democrático, que contam com importantes contribuições de Post e Siegel, defende que a legitimidade constitucional está atrelada à “sua habilidade de ser reconhecida pelos cidadãos”, comportando, assim, o ativismo popular, os movimentos sociais, manifestações contra decisões do Governo (seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário) quando tais decisões desrespeitarem a prerrogativa popular de interpretação constitucional; e (ii) constitucionalismo popular mediado, que conta com as contribuições de Friedman, entendendo que o controle judicial é um mecanismo justificável e compatível com a vontade popular, enxergando na interação tribunais e sociedade o canal para exercício de um poder autorizado pelo povo. Nesse sentido, a atenção das Cortes constitucionais não exclui a cidadania, mas a incorpora. É possível,

⁶⁸⁴ Registre-se que conceituar o constitucionalismo popular não é uma tarefa fácil, sendo afirmado por autores como Chemerensky (2004) que nem mesmo os constitucionalistas populares conseguem se definir, apresentando entre eles visões diferentes sobre esse modelo (VIEIRA *et al.*, 2018, p. 283).

⁶⁸⁵ Vale o destaque que o exercício do poder popular está previsto como um valor essencial no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (KOCK; COURA, 2018, p. 218).

dessa forma, destacar que ambas as vertentes propõem uma revisitação do papel das Cortes e do povo na interpretação constitucional buscando rejeitar um elitismo constitucional até então adotado (KOCK; COURA, 2018, p. 219-220).

Dentro da lógica de um constitucionalismo democrático (e em grande medida humanista), os princípios gerais dos direitos humanos oferecem diretrizes básicas de interpretação das normas (internas ou internacionais) do sistema jurídico. O primado da dignidade humana, como um princípio universal aplicável independente de qualquer condição individual, deve ser respeitado na interpretação jurídica, de modo que não se pode (no exercício interpretativo) negar a ninguém os “direitos inerentes à pessoa humana”, ou seja, a interpretação não pode negar direitos sob discriminação de nenhuma natureza (PIROTTA, 2009, p. 14-16).

Os direitos humano-fundamentais têm como princípios reconhecidos a inalienabilidade e a indivisibilidade, de modo que a interpretação não será razoável se entender a possibilidade de direitos tidos como fundamentais, ou mesmo que entendam ser possível a renúncia de direitos básicos⁶⁸⁶, visto que qualquer um desses “movimentos” interpretativos deve ser considerado inválido e fruto de coação. Por serem indivisíveis esses direitos não podem ser objeto de interpretação que gerem efeitos em um aspecto e o perecimento de outro aspecto equivalente. Essas orientações são especialmente relevantes quando se trata de interpretar para “suprir lacunas constatadas no ordenamento jurídico”, pois diante da “não existência de uma norma específica” que regule o caso, é necessário colocar “em evidência os valores que serão levados em consideração na análise do caso concreto e na aplicação a ele – ou não – das normas existentes no ordenamento jurídico” (PIROTTA, 2009, p. 14-16).

Considerando que o desenvolvimento do constitucionalismo democrático (e fenômenos político-sociais no decorrer do século XX) oportunizou que novos atores se empoderassem jurídica e socialmente, esse fenômeno implicou a necessidade de revisar a forma como a Democracia representativa ou participativa deveria ser lida. Nesse sentido, Bahia e Vecchiatti, com respaldo em Calderón (2011) e Young (2006), analisam que a multiplicação de atores é resultado da debilidade de representação de interesses políticos e sociais de grupos minoritários. Como resultado dessa debilidade, cresce a distância entre a política (representada pelas instituições e partidos, por exemplo) e a sociedade. Essa debilidade força que grupos marginalizados busquem

⁶⁸⁶ Direitos aqui entendidos como o direito à vida digna, a liberdade, a higidez psicofísica, entre outros.

representação especial para que seja possível contribuir (e com isso democratizar) o debate.

Como consequência do desenvolvimento desses novos meios de participação no debate se cria um maior engajamento político não tradicional. O resultado da debilidade de representação reforça a “história de exclusão e marginalização” dessas minorias e desses grupos vulneráveis à influência política gerando antipatia política. A partir do ponto que outros grupos (que no contexto da discussão da tese são essencialmente conservadores e reacionários) colonizam as discussões, acabam definindo prioridades e tornando suas visões de mundo como supostamente neutros e universais (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 84). A boa jurisprudência e uma visão coerente e integral do fenômeno jurídico se tornam instrumentos desses novos atores sociais e argumentos representativos para contestar o *status quo* e democratizar o debate via judicialização de temas sensíveis⁶⁸⁷.

O Constitucionalismo Democrático é explicado por Dantas e Fernandes (2019), à luz da teoria desenvolvida por Post e Siegel (2007), como uma tentativa de superação das visões maniqueístas de polarização entre *Direito e Política, Constitucionalismo e Democracia*, entre outros. Segundo os autores, essas fragmentações não contribuem para que se faça um estudo comprometido do constitucionalismo centrado na “tensão construtiva” entre Estado de Direito e Democracia. A partir disso, as Cortes são parte constitutivas do sistema político em interconexão com as demais instituições, Governos, movimentos sociais e “povo”. Esse sistema político “faz parte de um projeto nacional assumido com a [C]onstituição” incorrendo em um processo aberto e inacabado de transformação e (re)significação e, por isso, “objeto de constante de interpretação e de desacordos por parte dos membros da sociedade” (DANTAS; FERNANDES, 2019, p. 62-63).

O debate central dentro do Constitucionalismo Democrático é a autoridade da Constituição, a qual está inserida em um contexto de conflitos sobre seus significados, conflitos estes apropriados por movimentos sociais que deles participam argumentativamente para legitimar suas demandas e lutas. O Constitucionalismo Democrático “amplia a compreensão da complexidade dos conflitos e sugere que

⁶⁸⁷ Diante da crise da Democracia parlamentar (que recebe o destaque de ser um dos principais problemas contemporâneos) observa-se que não existe modelo ideal ou final de democracia que sirva de parâmetro absoluto. Todavia, o modelo de Estado legislativo (legalista) alicerçava-se na ideia de Democracia e, a despeito disso, é criticado por sua “incapacidade democrática”, o que demandou sua substituição por um Estado Constitucional de Direito e o estabelecimento de uma democracia constitucional (TAVARES, 2005, p. 494). Assim como no passado, o sistema democrático reage ao meio e adapta-se.

controvérsias provocadas por decisões judiciais trazem efeitos benéficos”, posto mobilizar a sociedade (contra e a favor) e com isso participam “na construção dos sentidos da Constituição”. Essa teoria, em razão dessa tensão construtiva, “agrega legitimidade democrática ao significado constitucional e aposta na importância do *backlash*” (CHUERI; MACEDO, 2018, p. 139-140).

Fora desenvolvido considerando a realidade estadunidense, mas também auxilia na compreensão da realidade constitucional brasileira, visto que se trata de uma sociedade plural, com concepções diferentes de “vida boa”, desacordos profundos *insolucionáveis* pela deliberação pública e que acabam chegando até às Cortes para sua resolução. A lógica do Constitucionalismo Democrático não reconhece a resposta judicial como finalizadora do debate político, mas apenas se apresenta como resposta definitiva para o caso concreto e, desse modo, a discussão de sentido não está encerrada⁶⁸⁸. A legitimidade da atuação das Cortes Constitucionais está na *responsividade democrática* das decisões, o que significa dizer “sua habilidade de ser reconhecida, ainda que no futuro, como expressão da própria identidade do povo”, de modo que uma decisão “apenas será democraticamente legítima se for capaz de conquistar a aderência da sociedade ao sentido constitucional posto judicialmente”, mesmo que, vale o destaque “essa adesão venha a ocorrer em momento posterior da história”.

Nesse sentido, trata-se de teoria pertinente para compreender os “problemas e críticas” desenvolvidos na realidade nacional, onde há uma “predominância de entendimentos juriscêntricos precursores de uma identificação (equivocada) entre supremacia judicial e supremacia da [C]onstituição, que se desdobra na própria atividade das cortes” (DANTAS; FERNANDES, 2019, p. 63).

Como pontuado por Alves e Brega Filho, a jurisdição constitucional é compatível com o sistema democrático, reforçando condições normativas da Democracia, mesmo que contra a opinião e os ímpetos (e paixões) da maioria quando impõe limites e disciplina no exercício dessa vontade majoritária. Esse exercício da jurisdição constitucional se mostra estratégico para o fortalecimento da Democracia quando o controle judicial se faz em face de (i) objetivos legislativos inconstitucionais; (ii) motivações suspeitas e (iii) classificações suspeitas que tragam desvantagens para

⁶⁸⁸ Ainda assim é legítimo e necessário dentro da teoria democrática pensar em mecanismos de proteção (como a vedação ao retrocesso) que sejam capazes de conferir segurança e patamares de estabilidade progressiva nos sentidos construídos.

determinada minoria ou lhe imponha, por exemplo, a pecha de “lado errado” no trato legislativo por razões injustificáveis. Essas situações demandam, portanto, que o Judiciário reestabeleça “o equilíbrio substantivo, fazendo com que predisposições preconceituosas não contaminem substantivamente o processo legislativo” (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 130).

A Democracia Constitucional implica a lógica de que a Democracia não pode prescindir de um formato que promova “o maior respeito ao bem comum da comunidade”, de modo que esse “bem comum” seja identificado ou identificável “normativamente numa Constituição redigida maximamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana”. À luz disso, a Democracia Constitucional demanda a existência dos “mecanismos majoritários, mas não se basta por eles” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 22).

A constitucionalidade democrática só é alcançável se o Estado atua para proteger as diferenças (o que exige que diferenças sejam toleradas), mantendo a garantia da liberdade e da igualdade como valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Sem essa preocupação não é possível dizer que há uma ordem constitucionalmente democrática (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 42)⁶⁸⁹.

Patrícia Gandra, também sobre a legitimidade de atuação do Estado de Direito, aponta que a titularidade de um direito fundamental “implica em desfrutar de um trunfo contra o Poder”, posto que esse Poder seja democraticamente legitimado. O Estado de Direito não pode ser invalidado pela “regra da maioria”, e ainda que a maioria tenha uma legitimidade democrática discursiva de decisão para a condução do Estado, existem “áreas resguardadas por um direito fundamental” que não cedem à deliberação majoritária (GANDRA, 2017, p. 185).

Existem desafios nessa proposta. O Legislativo (que, em uma lógica tradicional, representa o poder de interpretar e estabelecer os princípios de uma Constituição popular) deve ser considerado como um ator muito importante no processo de fortalecimento democrático, mas a supremacia parlamentar incorre no elitismo que se atribui a supremacia judicial. Aqui se faz necessário ponderar como instrumentalizar a atuação dos sujeitos institucionais e a participação popular que, ao se empoderar do

⁶⁸⁹ Essa relação de tensão demanda que o exercício de interpretação constitucional seja aberto e pluralista, substituindo o “monopólio metodológico pela pluralidade metódica”, isso quer dizer que, no que tange ao processo hermenêutico constitucional este deve ser uma “instância crítica, sempre receptiva a novos questionamentos, aos valores pluralistas e inovações no curso do tempo, constituindo um sistema dinâmico” (DOBROWOLSKI, 2007, p. 299).

compartilhamento do poder que é essencialmente seu e está, em parte, delegado às instituições, efetivamente considere essa participação com real peso na tomada de decisão sobre os significados constitucionais.

É possível extrair a ideia desenvolvida por Rancière de “escândalo democrático”, pois, conforme o autor, a palavra “democracia” representa uma confusão profunda, de um título para governar que refuta a si, ao tempo em que corre o risco de representar uma suposta natureza “que arruína a si mesma como princípio de legitimidade” (RANCIÈRE, 2014, p. 56)⁶⁹⁰.

Lorenzetto, com base em Klarman (2014), acrescenta que é relevante ponderar que as decisões de Cortes Constitucionais que representam a vanguarda (como a do casamento e das uniões estáveis homoafetivos) têm o potencial de “reacender o debate público”, promovendo o debate a respeito dos direitos fundamentais judicializados, e isso pode forçar um reconhecimento das mudanças sociais por parte do Poder Legislativo. Essa potencialidade demonstra que a judicialização não é ruim em si. Observa o autor que, todavia, quando ocorre um refluxo por parte de “um grupo politicamente ativo e organizado”, a decisão pode ser atacada no sentido de buscar-se por sua revogação ou alteração da interpretação constitucional que deu fundamento para a decisão” (LORENZETTO, 2014, p. 230). Pensar a atuação das cortes sob a perspectiva dos direitos fundamentais e sua coparticipação da construção da Democracia é a preocupação presente no próximo capítulo.

⁶⁹⁰ A ideia completa pelo autor é que “[o] escândalo é simplesmente o seguinte: entre os títulos para governar, existe um que quebra a corrente, um que refuta a si mesmo. O sétimo título é a ausência de título. Essa é a confusão mais profunda expressa pela palavra democracia. Não se trata de fera rugindo, asno orgulhoso ou indivíduo guiado por seus caprichos. Está claro que essas imagens são maneiras de esconder o fundo do problema. A democracia não é o capricho das crianças, dos escravos ou dos animais. É o bel-prazer do deus, o deus do acaso, de uma natureza que arruína a si mesma como princípio de legitimidade” (RANCIÈRE, 2014, p. 56).

Capítulo X. TEORIA DA JUSTIÇA, E A FUNÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O que é a justiça? É o que está escrito nos códigos, ou aquilo que, independentemente de estar ou não estar escrito nos livros, deveria ser aplicado e seguido se todos fizermos o que está certo?

Bernhard Schlink, em *O Leitor*.

Análises e interpretações contemporâneas não podem prescindir dos direitos humano-fundamentais, bem como do pluralismo presente nas sociedades democráticas, especialmente, pela sua valorização na teoria e na prática jurídicas. Minorias e grupos vulneráveis têm articulado uma dialética de luta em todas as últimas décadas para que o ambiente construído no Estado Democrático de Direito seja um espaço de transformações da sociedade, ainda que isso signifique alguma dimensão de tensão⁶⁹¹.

A Democracia deve aliar uma delicada, mas necessária, restrição da liberdade (de participação) a respeito de determinadas pautas, para que a igualdade possa continuar *retro legitimando* a Democracia como um espaço construído por e para todos os indivíduos⁶⁹². Apoiado em valores socialmente proclamados, o Direito passa por transformações na busca pelo ideal da Justiça Social. Como destacado no capítulo anterior, a CRFB/88, sob a perspectiva das minorias e dos grupos vulneráveis, comporta uma aceitação da teoria da democracia substantiva, considerando-se a realidade de desigualdades sociais, materiais, históricas e políticas que esses blocos vêm experimentando em uma reiterada exclusão nas formatações procedimentais e político-tradicionais.

O poder “criativo” do Legislativo e do Executivo é limitado pelos direitos humano-fundamentais, o que Vinci destaca como o “paradoxo da democracia” que “se refere ao antigo problema da abolição democrática na democracia”, na teoria de Robert

⁶⁹¹ Luciana Vieira Dallaqua Vinci, ao analisar a necessária simbiose entre Democracia e Direitos Humanos, analisa que essa relação constrói “um campo propício ao desenvolvimento do ideal democrático em uma sociedade”. Para a autora, ao escolher democraticamente a adoção do regime democrático (que reconhece a existência de direitos humano-fundamentais como freios contra a opressão estatal e da maioria), se estabelece pela “reafirmação” democrática “uma espécie de autocontenção da democracia”. Os direitos humano-fundamentais funcionam na Democracia como um “escudo protetor” contra vontades tidas como majoritárias, de modo que essa “contenção” de participação de uma maioria foi constitucionalizada, estabelecendo-se ferramentas contra a imposição de uma vontade majoritária a qualquer custo (2016, p. 73).

⁶⁹² Determinados assuntos ao alcançarem determinados patamares de legitimidade jurídica (e por isso racional), para alcance da segurança e estabilidade, deveriam estar fora do debate público, sob pena de eventuais retrocessos. É, sobretudo, uma questão de lógica para o progresso dos direitos já conquistados. A lógica de que tudo pode ser discutido na Democracia flerta com uma ingerenciável lógica plebiscitária ou referendária. Além disso, rediscussões de matérias deveriam estar amparadas por uma forte razão jurídica (racionalidade científica) e não mero procedimentalismo político (vontade).

Alexy (2011)⁶⁹³. Nesse sentido, a limitação oferecida pelos direitos humano-fundamentais aos desejos de maiorias não enfraquece os ideais democráticos, ela os fortalece (VINCI, 2016, p. 73-74).

Existe uma questão econômica nessa constatação, pois a possibilidade de estender direitos está condicionada ao fato de que esses direitos sejam inefetivos, dentro dessa lógica democrática apropriada e difundida pelo capitalismo. Na verdade, a expansão e o esvaziamento dos direitos fazem parte do projeto capitalista. Amparado nas reflexões de Ellen M. Wood (2011), Alves lembra que a desvalorização da esfera política foi um pressuposto histórico da cidadania moderna, o que possibilitou que relações estabelecidas entre Economia e Política reduzissem a cidadania às prerrogativas do domínio da propriedade privada e do mercado. O liberalismo, nesse sentido, “inaugura a ideia de democracia formal”, possibilitando a coexistência entre desigualdade socioeconômica e igualdade política (ALVES, 2013, p. 68).

Alves demonstra que o liberalismo, buscando arrogar-se como sucessor dialético da Democracia grega, amplia a titularização do status de cidadão, o que significa dizer que todos gozam de igualdade jurídica, e implementa o sufrágio universal, em um acesso “democrático” no capitalismo, mas que não modifica (e até invisibiliza) as mais significativas desigualdades de classe. A desigualdade socioeconômica, com seus fundamentos intactos, coexiste com uma igualdade política na Democracia capitalista. O constitucionalismo é construído em decorrência dessa contradição, o que implicou assimilação mútua entre Constitucionalismo e Democracia em “um processo histórico bastante ambíguo e complexo” (ALVES, 2013, p. 69), o que se deu com a manutenção de certas contradições como as identificadas em previsão de direitos (sem expectativa de implementação)⁶⁹⁴.

⁶⁹³ O Estado Moderno, em seus contornos liberais, surge supostamente para proteger as liberdades individuais (mas essencialmente burguesas) estabelecendo como base secular a separação dos poderes como resposta ao absolutismo monárquico, o que implicou, na seara jurídica, estabelecer um ordenamento positivado que assumisse a função de limitar a vontade do governante, garantindo, simultaneamente, “o conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não poderiam ser explorados nem mesmo pelo Estado” (ISAIA, 2012, p. 112). Para Vinci, essa situação destaca que a Constituição, por ser democrática, limita e orienta a atuação do Legislador ordinário para que essa se mantenha dentro de uma dimensão democrática, o que, necessariamente, impedirá que os direitos humano-fundamentais estejam passíveis de deliberação para extinção total ou parcial ou mesmo a não implementação (omissão deliberada) por parte de “maioria legislativa de ocasião”. É possível extrair assim, das análises de Vinci, ainda apoiadas em Alexy (2011), que uma Democracia Constitucional oferece nos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, um ferramental de proteção em face do Legislativo para que este não se utilize de suas prerrogativas para desfavorecer os indivíduos (VINCI, 2016, p. 73-74).

⁶⁹⁴ Partindo-se dessa lógica que direitos têm um preço, é possível reconhecer a existência de um preço político, e nesse sentido, o Parlamento, preocupado com uma lógica mercantil do processo eleitoral, muitas vezes não está disposto a pagar o preço político pelo reconhecimento de direitos legítimos. Em

A questão da Justiça Social, como aspecto relevante para o debate, representa a inclusão de mais uma camada na análise dos direitos ameaçados (e ameaçáveis) em situações de *Backlash*. Como esse fenômeno pode legitimar argumentativamente retrocesso de direitos humanos e fundamentais, a Justiça Social deve atuar como um *contra-argumento*. Se for possível considerar a Democracia como um sistema dinâmico, em que consenso e dissenso podem se relacionar no processo dialético de interesses, não se pode afastar a possibilidade de autoaprendizagem da Democracia. Esse autoconhecimento é um tipo de mecanismo que, mediante o conflito, busca meios necessários (numa dimensão *autopoiética*) para assimilar a controvérsia ou afastá-la⁶⁹⁵.

A Democracia, historicamente, tem demonstrado sua capacidade *metamorfoseadora* para adaptar-se às diferentes demandas e configurações sociais em que esteve inserida. Como colocado por Nadia Urbinati, ainda que a Democracia se baseie em princípios gerais e seja dotada de características que a identifiquem como tal (uma espécie de “aparência”), ela acaba repousando em contextos específicos⁶⁹⁶ tomando a forma do governo vigente⁶⁹⁷ que a incorpora (2013, p. 05-06). Seja no aspecto de sua deformação (modificação negativa) seja no aspecto de superação dos paradigmas e sintomas de crise, a Democracia apresenta propriedades e mecanismos de *autoaprendizagem* surgidos por meio da experiência dialética da História, com uma participação de não-consensos, lutas sociais e avanços na teoria jurídica, por exemplo.

Ao observar a sociedade brasileira, é factual que existe pouca experiência democrática em toda a história nacional, o que implica(rá), necessariamente, (re)pensar análises a partir desse dado. O Brasil, em alguma medida, se aproxima de contextos europeus⁶⁹⁸ e latino-americanos que vivenciaram ameaças reais à Democracia com

outro sentido, o Parlamento pode promover a posituação legal de direitos “no atacado” na projeção de que tais direitos não sejam, de fato, reclamados pelos cidadãos. No contexto brasileiro essa contradição é visível e intensificada pela amplitude do direito constitucional ao acesso à Justiça e da multiplicidade de sujeitos que promovem e esse direito. O preço, nessa dinâmica, acaba sendo pago (e não sempre, ressalta-se) pelas Cortes Constitucionais.

⁶⁹⁵ Essa dinâmica está mais detalhadamente descrita e explicada no Capítulo XII da presente tese.

⁶⁹⁶ Ainda que a Democracia possua contornos muito específicos a depender da realidade analisada, não se invalida a proposição de análises comparadas (dadas as ressalvas necessárias para esse tipo de abordagem) visto se tratar de um princípio que, no Ocidente, tem uma pretensão universalizante que legitima a busca por se construir algo que se aproxime de uma teoria (ou visão) geral sobre o fenômeno.

⁶⁹⁷ Considerando que a Democracia é muito mais ampla do que uma determinada agenda de governo, a presente tese se permite discordar reinterpretando a colocação para entender que a democracia pode adotar uma dinâmica mutável dependendo do Estado (e não do Governo) em que está inserida e de acordo com uma complexa relação dialética com o sistema jurídico e contextos histórico-sociais.

⁶⁹⁸ Pode-se afirmar que o começo do século XX (mas que ressoou por décadas) foi marcado por uma lógica deturpada de que regimes autoritários seriam mais adequados para realizar mudanças estruturais necessárias. Obviamente em um regime autoritário em que a tensão entre consenso e o dissenso não é apenas evitada, mas combatida (estabelecendo-se uma visão de cima para baixo), não se apresenta

governos ditatoriais e autoritários no decorrer do século XX. Entretanto, mesmo nesses lugares, a Democracia progrediu, reestabeleceu-se como proposta quase hegemônica e como princípio e direito humano no Ocidente. A experiência democrática ocidental forneceu momentos de crise e de superação, o que permite construir (e mesmo identificar) um arcabouço, inclusive, cultural (o que com destaque se desdobra na cultura jurídica), de *modus operandi* e instituições que dinâmica e dialeticamente possam fortalecer aspectos fragilizados da arquitetura democrática.

Nesses termos, pertinentes as abordagens filosófico-jurídica⁶⁹⁹ (das decisões) as quais identifiquem a relevância de teorias como as que estão presentes no modelo de Alexy, visto que orientam reflexões sobre a Democracia e a legitimidade das Cortes Constitucionais em contextos contemporâneos. Cabe o destaque por ser possível considerar que as ideias *procedimentalistas* de Alexy permitem analisar a atuação das Cortes Constitucionais como legítimas quando atuam tendo a última palavra, mesmo contra o Legislador, para garantir direitos fundamentais (BOTELHO, 2013, p. 38). Essa atuação das Cortes, como observado⁷⁰⁰, pode gerar reações legislativas de *backlash* (ou mesmo *override*, que não implica necessariamente em *backlash*), o que não retira a legitimidade das Cortes nessa atuação, nem afasta a possibilidade de um diálogo entre os sujeitos da sociedade aberta dos intérpretes⁷⁰¹.

As críticas as quais se dirigem ao posicionamento do Judiciário brasileiro incluem uma atuação sem método científico e que age de forma desarrazoada, sem legitimidade democrática ou racional, sustentando-se “sobre o gelo fino de um consenso

qualquer necessidade de ouvir a população ou os grupos sociais, o que, supostamente, aperfeiçoa o tempo de ação e gestão em busca de resultados.

⁶⁹⁹ Botelho destaca que Habermas entende que ao Tribunal Constitucional não caberia uma atuação que pudesse adentrar nas funções legislativas, enquanto Alexy (com a ideia da jurisprudência dos valores) analisaria esse papel por outro viés. As considerações de Alexy quanto aos princípios também apresenta uma abordagem diferente da visão de Dworkin por considerar princípios como mandatos de otimização (BOTELHO, 2013, p. 38).

⁷⁰⁰ As reações legislativas estão apontadas nas partes I e II da presente tese nas abordagens sobre as ocorrências de *backlash* ou sua ameaça.

⁷⁰¹ Tais reflexões, em absoluto, não buscam depositar uma fé irrestrita em uma suposta infalibilidade iluminista das Cortes. As Cortes erram, são retrógradas, conservadoras, reacionárias e pode assumir posturas antidemocráticas. Nesse sentido, a dialética dos movimentos sociais, da racionalidade argumentativa da Ciência Jurídica e da Política, da fiscalização dos demais Poderes Constituídos e a supremacia constitucional são instrumentos diretamente oponíveis à abusos das Cortes. É preciso determinar o sentido prático e aplicável da norma nas situações reais, de uma mediação entre a proposta abstrata e sua realização, considerando determinadas circunstâncias e momentos históricos para que a normatividade jurídica exista. Essa mediação se dá por intermédio da hermenêutica e da interpretação por meio da atuação do intérprete por ser sujeito intrinsecamente ligado à experiência jurídica (CUNHA, 2002, p. 309-310). Os direitos humano-fundamentais (plano abstrato), desse modo, apenas se realizam por meio da efetivação no caso concreto e de situações reais (plano da realidade) e isso se dá no processo interpretativo e/ou hermenêutico que leve à aplicação do Direito realizável.

precário”. Afirmar-se que essa postura ativista nada mais seria que um decisionismo que se esconde em uma ilusão de método, sem prudência, sustentado em uma soberania própria de quem pode estabelecer a exceção e não de quem tem autoridade para dizer o direito. A crítica afirma que com esse ativismo “a interpretação é só mais uma senha para o arbítrio” (OLIVEIRA, 2016, p. 186-187). Ainda que essas reprovações sejam válidas em alguma medida, observa-se que, pelo contrário, o STF é dotado de legitimidade democrática e racional e, especialmente, no que se refere à posituação da união homoafetiva, a postura do Judiciário foi prudente, hermenêutica e legítima.

A judicialização da política representa que questões de repercussão política e social são levadas ao Poder Judiciário, e não para as instâncias políticas tradicionais, representando, de certo modo, a transferência de poder para juízes e cortes, o que implica a mudança de linguagens, argumentos e participação social (que continua existindo em diferentes momentos)⁷⁰². O fenômeno não pode ser atribuído a uma única causa, mas é possível afirmar que se trata de uma tendência mundial⁷⁰³, ainda que existam aspectos primordialmente nacionais para a sua ocorrência no Brasil (BARROSO, 2012, p. 24).

É possível afirmar que a *judicialização* da política nasce, historicamente, de uma maior compreensão da necessidade de se construir uma *cultura dos direitos humanos* como estratégia fundamental para o amadurecimento da sociedade. A construção da cultura dos direitos humanos deve considerar os problemas dela decorrentes, visto se configurarem como desafios para o projeto democrático⁷⁰⁴. A efetivação desses direitos

⁷⁰² Cabe destacar que, a despeito de minorias e grupos vulneráveis utilizarem-se das arenas judiciais como cenário de reivindicação de suas demandas, não se excluiu a busca por discussão de ampliação de direitos nas arenas parlamentares. A presença de projetos de lei de interesse da comunidade LGBTQ+ é um sinal disso, ainda que seja visível que há uma “má vontade legislativa” em sua tramitação: PL 7582/2014 (Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências); PL 7292/2017 (Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o LGTBcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGTBcídio no rol dos crimes hediondos); PL 7702/2017 (Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação afetivo-sexual e/ou identidade de gênero). Sobre as uniões homoafetivas, o PLS 612/2011 e o PLS 470/2013, foram arquivados pelo final da legislatura.

⁷⁰³ Como consta na Parte II da presente tese, o tema da união homoafetiva foi largamente levado aos tribunais constitucionais em diferentes países, o que parece apontar para uma crise representativa em detrimento das pautas das minorias e a existência de falhas reais na lógica procedimental sacralizada na teoria da Democracia que tem no Parlamento um órgão de representação social.

⁷⁰⁴ A tensão constantemente apresentada entre Democracia e Constitucionalismo tem seu ponto principal na efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Essa efetivação é um desafio tanto para a sociedade (especialmente se a efetividade desses direitos é pensada do ponto de vista horizontal) e para o Estado (efetividade vertical). O constitucionalismo democrático, como apresentado, se propõe a solucionar e superar esse impasse na efetivação do Estado Democrático de Direito.

constitucionais fundamentais se configura como um problema ligado ao reconhecimento genérico da positivação abstrata da norma à sua aplicação plena no plano concreto e o percurso aí envolvido, o que leva a considerar como importantes âmbitos: (i) o raciocínio de adequabilidade em situações concretas que demandam a densificação jurídica no âmbito da estruturação de direitos como princípios; e (ii) o processo de formação dos cidadãos sob o âmbito do caráter discursivo que reconheça a estrutura linguística de plurivocidade semântica que efetive a conscientização realmente democrática desses direitos em diversos processos educacionais sociais⁷⁰⁵ (PINTO COELHO, 2012, p. 293).

O protagonismo judicial, nessa perspectiva, apresenta-se como uma atuação institucional que ganha destaque nas últimas décadas e está relacionado com inúmeros fatores entre os quais se encontram: (i) as Constituições passaram a apresentar um conteúdo moral que resultou em tensões constitutivas de seu sentido e dos princípios nelas contidos; (ii) os instrumentos de controle de constitucionalidade foram ampliados e fortalecidos, bem como o número de sujeitos com legitimidade para atuarem nos processos constitucionais; (iii) a *mediatização* da jurisdição constitucional despertou (ou desenvolveu) maior interesse da opinião pública sobre o tema⁷⁰⁶; e, ainda, pela (iv) judicialização de casos que repercutiram jurídica, política e socialmente, “especialmente no plano do STF” (COURA; ESCOSSIA, 2015, p. 64).

As reflexões assim desdobram-se a respeito (i) da participação da jurisdição constitucional no processo de construção da Justiça Social por meio da judicialização da política como um processo sintomático e institucional de insuficiência de respostas legislativas (e executivas). A partir dessa consideração, a preocupação reclinou sobre (ii) como o ativismo (ou protagonismo) judicial constrói uma relação de diálogo e/ou tensão com a dinâmica dos freios e contrapesos no cenário nacional. Por fim, a inquietação envolve analisar (iii) quais são os limites do ativismo judicial (visto que se trata de um fenômeno posto e por vezes necessário na dinâmica constitucional e social) e como a atuação judicial se deu como um processo que foi histórica e institucionalmente construído.

⁷⁰⁵ Pinto Coelho destaca que isso implica inúmeros desafios, pois a conscientização desses direitos, para que seja realmente democrática, não deve ser impositiva ou unilateral (2012, p. 293).

⁷⁰⁶ No Brasil isso se deu com a criação da *TV Justiça* no ano de 2002. A *TV Justiça* é um canal de televisão (público) do Judiciário Brasileiro, com sede no STF, em Brasília, com transmissão pelo sistema a cabo, satélite (DHT), antenas parabólicas e internet. Sua administração fica sob a responsabilidade da Secretaria de Comunicação Social do STF e de um Conselho Consultivo como auxiliar. Sua criação foi prevista pela Lei n. 10.461/2002.

A teoria democrática constitucional é perfeitamente coerente com a existência de decisões aditivas na jurisdição constitucional (também chamadas de manipulativas) quando a técnica é usada para ampliar direitos fundamentais e lhes aplicar a máxima eficácia.

A jurisdição constitucional se insere como parte de um fenômeno de multiplicação de órgãos e mecanismos de controle como condição salutar para o desenvolvimento da Democracia e condição *sine qua non* de sua existência contemporaneamente. Como elemento de importância substantiva para regimes democráticos e republicanos (cujos valores se sustentam sobre os pilares da liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade), a jurisdição constitucional, compreendendo a complexidade do Direito no Estado Constitucional (onde as leis são parte e não todo o Direito – o que relativiza, ainda que não afaste totalmente, a centralidade do Legislador) atua permitindo “a coexistência maleável da lei, do direito e da justiça” (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 127).

A população LGBTQ+, diferentemente de outras categorias de minorias, está à margem da lei ou não está protegida diretamente por legislações específicas que lhe assegurem uma proteção individualizada no que se refere ao direito “cível, criminal, administrativo, processual e trabalhista”. A criação de leis protetivas para essas categorias é, em geral, de competência federal (ainda que existam competências legislativas concorrentes dependendo da matéria) que continua sem as editar (o Parlamento continua silente sobre esses temas), mas, a despeito disso, se observa “a existência de normas no âmbito estadual”.

Os avanços recentes têm se dado em razão de decisões judiciais (como o reconhecimento do direito de união estável e o casamento entre pessoas homossexuais, bem como a adoção por eles) e cujo reconhecimento tem sido referendado pelo Conselho Nacional de Justiça. É válido destacar que, diante dessa omissão legislativa “regulamentando a questão”, fica-se “muitas vezes, a critério do Juiz, que diante do caso concreto, tem que decidir a questão, o que leva o caso a uma incerteza jurídica, pois há fortes divergências interpretativas entre os magistrados” (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017, p. 3846)⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ Os autores comentam que os “crimes cometidos contra a categoria LGBT são julgados da mesma forma que qualquer outro, sem prerrogativas processuais penais ou agravamentos de pena”, mas é válido atualizar a questão destacando que em 2019 foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e o Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, onde o STF entendeu que houve omissão inconstitucional do

Não se pode negar a natureza do Direito como uma arena de luta (Ihering). O estágio atual da racionalização do Direito não mais demanda uma visão radical de autonomia científica⁷⁰⁸ (a qual acastelou o Direito dentro e limitado pela norma), inclinando-se logicamente ao inegável aspecto de compreensão que retroceder em direitos humano-fundamentais é um ato *imane e transcendentemente* injusto, condenável e rechaçável sob qualquer perspectiva racional ou lógico-jurídica. Um ato de retrocesso de direitos fundamentais como o já positivado (via interpretação hermenêutica-constitucional do STF) direito a formar uma família para pessoas homoafetivas se configuraria como um ato atentatório à dignidade do Direito e da Justiça, ainda que se sustentasse sob ultrapassadas concepções de “soberania” parlamentar e popular.

O Judiciário não pode se omitir diante da falta de leis específicas para julgar as situações reclamadas pelas partes. Na falta de normas jurídicas específicas a respeito de determinado assunto, o juiz pode recorrer aos princípios gerais, os quais, quase na totalidade, estão inseridos na CRFB/88. Quando se trata das questões relativas ao reconhecimento das uniões homoafetivas, a base principiológica utilizada pelos julgadores, ao reconhecê-la como entidade familiar, está no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ou seja, na condição de ser humano digno, merecedor de respeito, respeito nas suas particularidades e nas suas diferenças (BARANOSKI, 2016, p. 89).

A partir dessa postura, a função das Cortes em face de interesses inconstitucionais (oriundos dos outros poderes atuantes no Estado) é democrática na medida em que garante a proteção da integridade constitucional e instrumentaliza a fruição de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos⁷⁰⁹. Esse processo valida a real arquitetura democrática e é por ela validada.

Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. Dessa forma, ao reconhecer a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQ+, ficou decidido que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo. Ainda que seja objeto de posicionamentos contrários e críticas, esse reconhecimento do STF configurou-se como relevante avanço na tutela da integridade física (e do bem jurídico da vida) da população homossexual.

⁷⁰⁸ Autonomia científica aqui no sentido que as ciências biológicas “sacralizaram” como critérios de definição de saber científico e que, por muito tempo, gerou confusões e crises quanto à cientificidade do Direito.

⁷⁰⁹ Em voto na ADI 3.300, o ministro Celso de Melo afirma que o magistério da doutrina, ao apoiar-se na hermenêutica construtiva, utiliza da analogia e da invocação de direitos fundamentais. Essa visão doutrinária adotada pela Corte revela “percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual”, como pela “proclamação ético-jurídica da

Lélis (2012) destaca, em semelhante interpretação da atuação das cortes, que o Poder Judiciário não age de forma antidemocrática nem usurpa competência do Poder Legislativo quando modifica decisões políticas não reconhecendo uma supremacia absoluta do Parlamento. A anulação de uma decisão política emanada do Parlamento (e, conseqüentemente de uma maioria legislativa) é legítima quando ocorre “sem causar danos à democracia, mas ao contrário, aperfeiçoando-a” (LELIS, 2012, p. 457).

A autora destaca que o reconhecimento das uniões homoafetivas equiparando os direitos e deveres de casais hétero e homossexuais não legislou, mas ultrapassou decisões políticas pré-existentes de forma legítima por ter sido “tomada baseada em argumentos de princípios constitucionais”. Com a base principiológica constitucional, ocorreu apenas uma retratação da sociedade contemporânea, sem ofensa à Democracia, visto que esta foi compreendida para além de um conceito fechado e engessado em si mesmo – o que seria um conceito pobre e ideológico e que ignora(ria) o que é substancialmente justo e moral. A Democracia deve ser encarada sempre em respeito aos direitos individuais e não pela prevalência de uma opinião majoritária “que nada tem a perder com a modificação de sua decisão” (LELIS, 2012, p. 457). Jamais seria exaustivo reforçar que a maioria heterossexual não perde, em nenhuma dimensão jurídica e legítima, com a equiparação do direito da minoria homossexual de constituir família livremente. Se não há perda para o lado majoritário, não há prejuízo democrático em garantirem-se direitos da minoria.

Com a positivação dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis pelas Cortes Constitucionais – o destaque vai para o reconhecimento do direito dos casais homossexuais de serem juridicamente reconhecidos⁷¹⁰ –, procede-se com um processo pedagógico de educação da sociedade para a inclusão e para a construção de uma cultura para os direitos humano-fundamentais. A atenção e o debate social que tais decisões provocam (e que podem resultar em movimentações de *backlash* por parte dos grupos descontentes⁷¹¹) contribuem para a aceitação da diversidade (como tem sido feito por parte da Política Nacional dos Direitos Humanos⁷¹²), disseminando padrões

união homoafetiva como entidade familiar”. Assim, esse exercício hermenêutico construtivo permite “que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais” (STF, 2006, p. 05).

⁷¹⁰ O reconhecimento tanto como união estável (STF) como na configuração do casamento (CNJ e STJ).

⁷¹¹ É importante destacar que mesmo sob esse possível, mas incerto, resultado o uso estratégico das Cortes como espaços representativos democráticos não pode ser afastado. Os resultados dessas estratégias têm se mostrado majoritariamente positivos.

⁷¹² Vale destacar que com o atual governo do Presidente Bolsonaro (2018-2021) as perspectivas para as populações LGBTQ+ não são nada promissoras. A população LGBTQ+ deixou de fazer parte expressa

civilizados de convivência e repúdio generalizado a violações das dignidades individuais de forma gradual. Ainda que se trate de um processo que requer empenho intergeracional e tempo, tais situações (a judicialização da política e reconhecimento de direitos das minorias) contribuem para a difusão do *habitus social internalizado* (como pregado por Elias) nos indivíduos (PRONI; PRONI, 2017, p. 188-189).

A educação social (função pedagógica da atuação da jurisdição constitucional) provocada pelas decisões das Cortes Constitucionais na criação de uma cultura para os direitos humano-fundamentais é, entretanto, delicada. Não se pode olvidar que movimentações conservadoras-reacionárias e a ascensão de populismos alavancados por discursos de ódio podem ter um efeito contra-educativo nessa cultura. A sociedade brasileira vivencia uma potencialização perigosa dos discursos de ódio com fins eminentemente políticos, que servem aos grupos de poder insatisfeitos com as mudanças sociais das últimas décadas, que viram seu poder hegemônico ser contestado por minorias e grupos invisibilizados, com o alcance de alguns consideráveis avanços⁷¹³.

Como salientado por Joelma Galvão de Lemos e Daniel Menezes Coelho, a história recente do Brasil tem destacado o uso político do discurso de ódio que é flagrantemente capitaneado por elites dominantes, com forte controle das mídias tradicionais (e, se poderia acrescentar, de uma mídia paralela e *viralizante* das redes sociais), que é fomentado e atrelado com discursos de insatisfação e insegurança sociais e econômicas como forma de agregar apoio popular (e daí legitimação) para seus próprios interesses políticos⁷¹⁴ (LEMOS; COELHO, 2019, p. 535).

Segundo Paulino, a Suprema Corte da Índia, em 1967, estabeleceu de forma “pioneira”, no caso *Golaknath vs. State of Punjab* (1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762), “que o poder de reformar não pode ser confundido com o poder constituinte”, tese

das diretrizes de Direitos Humanos pela MP n. 870 de 1º de janeiro de 2019, convertida posteriormente na Lei n. 13.844 de 2019, sendo teoricamente contemplada nas expressões “combate à Discriminação” e “minorias sociais”. O mesmo pode ser dito da falta de apoio governamental para produções com temática de diversidade, especialmente com temas LGBTQ+, que tem um importante papel na construção de uma cultura de tolerância e alteridade.

⁷¹³ Considerando especialmente o contexto brasileiro, é possível afirmar que houve uma espécie de resignação do poder hegemônico diante das principais conquistas de direitos por parte de minorias e grupos vulneráveis que ocorreram em governos de esquerda que tiveram maior abertura, ainda que sem mudanças substanciais nas estruturas de opressão. É preciso destacar que não houve grandes avanços nos direitos das mulheres (igualdade salarial, direitos sexuais e reprodutivos etc.), não houve reforma agrária, não houve a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, entre outros.

⁷¹⁴ Os autores mencionam também que para o Golpe Militar de 1964 “o medo foi o afeto usado para mobilizar e conseguir apoio”, agora o ódio às mudanças e às minorias que são representadas como ameaças.

adotada como “estrutura básica” (*basic structure*, no original) em razão de que “alguns elementos estruturais da Constituição não podem ser modificados”. Com base nas advertências de Gonzaldo Cleves (2016), Paulino aponta que a doutrina de controle de emendas “deve ser aplicada só em casos extremos, quando a estrutura constitucional estiver ameaçada” de modo a “evitar excessos e abusos do Judiciário”. Paulino ressalta a discordância doutrinária quanto à teoria da substituição constitucional, trazendo para o debate as contribuições de Carlos Bernal Pulido (2013) para quem essa teoria seria danosa por (i) estabelecer a Corte Constitucional como supremo intérprete sobre os elementos essenciais da Constituição; (ii) por estabelecer a palavra final da Corte sobre o significado desses elementos; e (iii) a decisão da Corte “seria vinculante aos poderes públicos e aos cidadãos” – para Pulido, nesse sentido – o controle de constitucionalidade de emendas seriam legítimas “apenas se houver violação de direitos fundamentais, da separação de poderes e do estado de direito” e, também, “se a emenda infringir o ideal de democracia deliberativa presente na Constituição” (PAULINO, 2018, p. 46-47).

O reconhecimento da função e da legitimidade das Cortes passa por reconhecer uma nova epistemologia de sentidos democráticos e constitucionais, o que não implica no extremo de defender uma *judicial usurpation*, no fundamento, e/ou um *governo de juízes*, na execução. Em razão disso, limites devem ser observados dentro de uma atuação democraticamente legítima e orientados pelos direitos fundamentais⁷¹⁵. É possível identificar, dentro dessa (re)leitura, que a legitimidade do Tribunal Constitucional se dá pela existência de muitos elementos *a priori* e *a posteriori* que possuem, inclusive, cunho político e democrático (*inputs* e *outputs* democráticos de legitimidade), como se destaca no presente capítulo.

⁷¹⁵ O papel da CRFB/88, dentro dessa dinâmica, envolve relacionar os universos político e jurídico, de modo a “submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social”. Nesse sentido, a interpretação constitucional não pode prescindir de uma dimensão política devidamente “balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico vigente”, o que não admite, portanto, “escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas”. Logo, o constitucionalismo não coaduna com faccionismos e, desse modo, a “liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria”. Ao afirmar que a “decisão judicial jamais será política” se está afirmando que não se trata de livre escolha discricionária, mas da busca pela interpretação “que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto”, o que implica no dever de motivação fundamentada na argumentação racional e persuasiva. Esse traço da decisão fundamentada em argumentos persuasivos e racionais é distintivo da função jurisdicional (destacadamente da jurisdição constitucional) conferindo a ela uma legitimação específica (BARROSO, 2012, p. 29).

10.1. Judicialização da política e ativismo judicial

A judicialização da política e o ativismo judicial são ligados, ainda que surjam de questões ou origens diferentes, visto ser a judicialização resultado do momento constitucional adotado no Brasil e não um exercício de vontade política da Corte, enquanto ao ativismo judicial atribui-se uma atitude ou postura específica e proativa para interpretar a Constituição (com expansão de seu sentido e alcance). Em ambos os casos, o Judiciário apenas reage aos fenômenos e atua com o dever constitucional a ele atribuído. Esses fenômenos representam a ocorrência de retração do Legislativo, bem como de um distanciamento entre a classe política e a sociedade civil que não se sente mais representada e, com isso, torna difícil que demandas sociais recebam a devida atenção (BARROSO, 2012, p. 25).

A judicialização de demandas políticas pela população LGBTQ+ é um ato político tão importante quanto projetos de lei e manifestações populares⁷¹⁶. Como destacado por Baranoski, o direito das minorias (e da população homossexual em todas as suas nuances, sejam econômicas, culturais ou familiares, entre outras) depende do engajamento desse público interessado. Nesse sentido, há que se entender que a “aceitabilidade dessa condição depende não só de iniciativas do Governo” (o que inclui políticas públicas, produção normativa e aprovação de leis), “mas também da participação de cada cidadão, para que assim possa a cidadania do homossexual ser efetivamente reconhecida” (BARANOSKI, 2016, p. 72-73).

Considerando que a participação da jurisdição constitucional tem contribuído para a construção de um maior debate sobre a Justiça Social, como pauta de minorias e grupos vulneráveis, é necessário destacar o *modus operandi* de racionalização da interpretação das Cortes nesse processo dentro da ordem constituída como medida de superação da leitura tradicional dos freios e contrapesos.

É preciso reconhecer, observando o controle de constitucionalidade no contexto estadunidense, que esse procedimento de tomada de decisões político-constitucionais nem sempre foi exercido em prol das minorias⁷¹⁷, até mesmo em ocorrências mais

⁷¹⁶ Tavares, com respaldo em Duverger (1948), reconhece que, para que o Tribunal Constitucional possa controlar leis e cumprir as demais funções, possivelmente alguma instância política também lhe será atribuída e sua atuação será política, sendo a problemática aqui a oposição entre político e jurídico. Essa problemática se sustenta na crença de que aos tribunais (por não serem escolhidos por voto popular) não poderiam assumir atividades políticas que seriam de titularidade dos chamados órgãos políticos (TAVARES, 2005, p. 447-449).

⁷¹⁷ Como exemplos: *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539 (1842), onde a Suprema Corte anulou a legislação estadual que protegia pessoas negras de caçadores de escravos; *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S.

recentes como o *Schuette v. Coal. Defend Affirmative Action, Integration & Immigration Rights*, 572 U.S. 291 (2014), onde a Suprema Corte (por 6 votos a 2) entendeu que a Constituição dos EUA não impede que os Estados possam proibir (nas Constituições Estaduais ou leis estaduais) ações afirmativas baseadas em raça e origem nas universidades públicas. O controle judicial, reitera-se, é um procedimento de tomada de decisão e não é (ou representa) uma “força contramajoritária” como um aspecto onipresente. Importa resgatar que o caso “fundante” da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, *Marbury v. Madison*, em nada se relacionou com minorias ou postura contramajoritária. Análises histórico-jurídicas, como as de Whittington (2002), apontam que, a despeito do caso *Brown v. Board of Education*, o Judiciário por muito tempo refletia a crença racial dominante como uma postura decisória comum durante o período de forte cultura racista. De igual modo, o Judiciário estadunidense (e não só ele) tutelava, sobretudo, a propriedade privada acompanhando as tendências das elites. Durante os períodos mais progressistas, conhecidos como *a Corte Warren*, as atuações da Suprema Corte eram, em regra, compatíveis com as preferências majoritárias da sociedade estadunidense (ISRAEL, 2014, p. 68)⁷¹⁸.

As sociedades contemporâneas, em uma perspectiva *habermasiana*, se organizam com agrupamentos descentralizados que, para Calderón (2011), afirmam novas subjetividades e por isso reivindicam pautas inéditas. Com isso, esses

(19 How.) 393 (1857), onde a Suprema Corte declarou que o Governo Federal não possuía poder para libertar os escravos nos territórios federais; *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), precedente que recusou a proteção para cidadãos nipo-americanos do confinamento em campos de prisioneiros durante a Segunda Guerra Mundial em que os EUA lutava contra o Japão; entre muitos outros casos (ISRAEL, 2014, p. 68).

⁷¹⁸ Podem ser arrolados como exemplos de precedentes em que a Suprema Corte decidiu de forma majoritária e contrária às minorias: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) – a Suprema Corte decidiu nesse caso declarando a lei de limitação de jornada de trabalho como interferência indevida da lei nas relações privadas; *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908) – nesse precedente a Suprema Corte invalidou uma lei que punia empregadores que obrigassem seus trabalhadores a saírem dos sindicatos; *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918) – caso onde a Suprema Corte anulou uma lei federal que regulava o trabalho de menores de idade. A Corte, entretanto, teve um posicionamento destoante (no sentido de ser progressista) ainda na primeira metade do século XX, quando no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) – caso em que a Suprema Corte declarou constitucional uma lei que estabelecia salário-mínimo para mulheres (VIEIRA *et al.*, 2018, p. 281-282). É possível afirmar em comparação que, a crise política e representativa não se limita ao Poder Legislativo, também alcançando o Poder Judiciário, o que torna a crítica ao ativismo judicial relevante. Considerando que a decisão “foi necessária para tutelar os Direitos Fundamentais em caráter imediato da população homoafetiva” se faz necessário “evocar ainda assim um diálogo nas esferas políticas para conferir seriedade e comprovar a pacificação da matéria no âmbito formal e social”. A atuação ativista das cortes quando feita de forma coerente e fundamentada na consagração da Justiça, como indica a decisão do reconhecimento da união homoafetiva no sistema brasileiro, não parece ser um exemplo de atuação judicial que possa contribuir com o aprofundamento da crise (GALDINO *et al.*, 2019, p. 423). Pelo contrário, essa atuação pode ser considerada como um *exemplo ideal* de como a judicialização da política é um resultado do próprio autoaperfeiçoamento do sistema constitucional-democrático para manter sua coerência e integridade política e racional.

agrupamentos se organizam em novas agremiações que atuam paralela e competitivamente com os mecanismos tradicionais de representação⁷¹⁹. Tais sociedades poderiam ser chamadas de policêntricas. Não se defende, entretanto, que essas novas agremiações, muitas vezes, construídas como meio de organização de movimentos sociais identitários, substituam aos organismos representativos tradicionais, pois estes se presumem dotados de uma perspectiva globalizante da sociedade (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 68-69). Aqui, a proposta é que todas as formas de manifestação sejam consideradas, não necessariamente que sua concorrência seja excludente.

Quando se pensa no fenômeno jurídico inclusivo e nos aspectos positivos da judicialização da política em prol de minorias e grupos vulneráveis, não se está a *deificar* o STF (muito menos o Judiciário em geral) como se fosse uma instituição isenta de erros ou de problemas que também afetam outras entidades. Para citar alguns exemplos de interesse para a comunidade LGBTQ+, pode-se destacar que o STF *protelou* o julgamento da criminalização da homofobia (que foi pauta no início de 2019 com o reconhecimento da *LGBTfobia* como uma espécie de racismo). Além disso, o STF paralisou, por muito tempo, demandas da população LGBTQ+, envolvendo o julgamento para que transexuais possam usar o banheiro público correspondente ao gênero com o qual se identificam e sobre a vedação de que homens gays doem sangue⁷²⁰.

O Direito é essencial para a manutenção da ordem social e, por isso, modifica-se: para que seja possível adaptar-se aos interesses e às necessidades sociais conforme a sociedade muda⁷²¹. Dentro desse contexto nuclear e sob uma visão filosófica, o Direito

⁷¹⁹ Seria o caso dos partidos políticos, sindicatos e outras formas de organização tradicionais.

⁷²⁰ Questão que apenas se resolveu no primeiro semestre de 2020 com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543.

⁷²¹ A usurpação de competência e a ausência de legitimidade decisória (de conteúdo político) que fundamenta a maior parte das críticas à judicialização da política se apoia, em maior ou menor grau, na leitura tradicional da Separação dos Poderes *montesquieuana*, para quem o Judiciário deveria ser, simplesmente, “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor” (2000, p. 175). Desse modo, não teriam os juízes “qualquer função juridicamente constitutiva, realizando apenas e tão-somente uma operação lógica, automática e forçosa de aplicação da lei”. Seriam, portanto, como “autômatos, daí por que a sentença a ser proferida no caso concreto seria uma fiel reprodução do que já decidido genérica e abstratamente na lei” (MEDEIROS, 2008, p. 198). Entretanto, como apontado na Parte II da presente tese, o Poder Legislativo não tem alcançado êxito em encontrar soluções políticas que se sustentem (especialmente no caso brasileiro) por indicar “a ausência de uma fundamentação racional que garanta a sua aceitação”, demonstrando a insuficiência da atuação deste Poder diante das complexidades e problemas cotidianos da sociedade contemporânea. Nesse sentido, muitas tensões sociais acabam sendo deslocadas para o Poder Judiciário que, por vezes, para implementar soluções político-constitucionais para esses problemas, atua ultrapassando a atuação meramente jurisdicional (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 53). Trata-se assim, de uma questão complexa para a Ciência Jurídica, envolvendo diversas causas e consequências.

é condição necessária para que existam instituições que promovam um padrão de civilidade nas relações sociais (PRONI; PRONI, 2017, p. 163). A judicialização da política é uma forma das minorias e dos grupos vulneráveis atuarem nesse processo civilizatório e de construção democrática⁷²².

O ativismo ou protagonismo judicial representa uma maior participação do Judiciário na “concretização de valores e fins constitucionais”, se manifestando por meio de aplicação da Constituição de forma mais ampla do que expressamente previsto no texto (ou seja, pelo Legislador). Dá-se também pelo controle de constitucionalidade por atos emanados do Legislativo que violem a Constituição (mesmo com critérios mais flexíveis) e ainda pelo controle de condutas ou de abstenções do Poder Público (especialmente sobre políticas públicas), permitindo, então, maior interferência na atuação dos demais Poderes (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Ainda que a decisão de “não legislar” sobre determinada matéria seja considerada por alguns como uma opção do Legislador (o que configuraria não uma omissão, mas uma resposta negativa⁷²³), a não apreciação de direitos não pode ser justificada por posturas conservadoras e religiosamente fundamentadas quando tais posturas se colocam diametralmente contra as promessas constitucionais e os direitos humanos.

Acácia Gardênia Santos Lelis, com respaldo em Conrado Hubner Mendes (2008), destaca que a criação do STF se deu com fins de ser uma “instituição responsável por controlar, inclusive, a inércia do legislador”, de modo que faz parte das competências da instituição “extrair uma lei do ordenamento jurídico estatal” podendo-se, inclusive, “sobrepôr-se à decisão do Poder Legislativo”. Ao atuar com protagonismo, nessa esteira, o STF apenas “está realizando sua função, que é indicar as melhores leituras do texto constitucional” (LELIS, 2012, p. 447)⁷²⁴.

⁷²² A atividade jurisdicional foi presença marcante (vezes de forma positiva, vezes de forma negativa) na sociedade durante o desenvolvimento do Estado moderno, especialmente pelas heranças da filosofia do racionalismo que estabeleceram o poder decisório do juiz em um exercício de vontades sem necessária filtragem constitucional. Nesses termos, Valéria Ribas Nascimento e Marília do Nascimento Pereira discorrem sobre a necessidade de se refletir sobre o fenômeno do ativismo social e da judicialização da política (com a ressalva necessária de não os confundir), bem como o quanto ambos afetam a construção de uma jurisdição constitucional democrática (2016, p. 567).

⁷²³ Nesse sentido se manifesta, por exemplo, Samuel Sales Fontelles (2019).

⁷²⁴ É pertinente trazer à baila a questão de que a atuação do Poder Judiciário é, *a priori*, limitado ao princípio da inércia, atuando apenas quando é chamado por uma parte que goza de legitimidade de pedir, ou seja, apenas pode agir quando é provocado a isso por um interessado. O Judiciário não atua voluntariamente à procura de demandas para resolver, apenas enfrentando esses temas quando a sociedade apresenta suas demandas em busca de uma solução jurídica (FACCENDA, 2017, p. 225). Desse modo, é preciso destacar, antes de tudo, que qualquer tema referente à judicialização da política

Com a dinâmica do positivismo e a impossibilidade de o Legislador conseguir responder a todas as demandas sociais apresentadas e cada vez mais complexas, passa a ser compreendida uma nova função pelos tribunais constitucionais no mundo, o que inclui o Supremo Tribunal Federal no Brasil, com o recebimento de atribuições relativas a verificar se produções estatais (as normas infraconstitucionais do Legislativo e as políticas públicas e atos emanados do Executivo) estão de acordo com as Constituições dos respectivos países. *A priori*, a Corte limita-se a adotar “uma interpretação restritiva dos direitos constitucionalmente postos em questão, adotando uma postura de cunho eminentemente *jurisdicional*”, de modo que muitos pontos de tensão social ficam, inicialmente, sem resposta, ou adota uma “atuação de cunho *político-constitucional*” e o faz expandindo sua análise de modo a “dar uma resposta para o problema que os órgãos democraticamente eleitos não conseguiram de forma satisfatória” (LELIS, 2012, p. 447)

A despeito do mérito desse tipo de atuação (expansiva), acabou-se por criar uma “hipertrofia do Poder Judiciário”⁷²⁵ quando este assume um papel mais político que jurídico para solucionar problemas, o que potencialmente pode gerar decisões discricionárias se estas forem desprovidas de “bases teóricas e fundamentais sólidas no encontro da resposta adequadamente correta para cada situação concreta”⁷²⁶ (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 52-53).

Considerando a crise de representação presente no Brasil (e em outros países), um real distanciamento entre a produção legislativa e as promessas constitucionais, bem como a omissão legislativa com as necessidades legítimas de grupos minoritários e vulneráveis, é necessário reconhecer a importância estratégica da judicialização de

envolve um interesse de indivíduos que, direta ou indiretamente, refletem na sociedade. Assim, a judicialização da política é um desejo oriundo da sociedade, de onde se reforça a judicialização da política como uma “adaptação” das sociedades democráticas por um mecanismo alternativo de representação. Por isso, vale a lição de Cardinali que observa que a jurisdição constitucional não ocorre exatamente “no vácuo”, mas apenas quando existe um mínimo de aceitação social das demandas submetidas à apreciação judicial. Isso destaca um paradoxo da atuação “protagonista” da jurisdição constitucional, visto que “quanto mais estigmatizada e vulnerável [for] uma minoria, menor a chance de que a mesma tenha seus direitos tutelados pela corte constitucional” (CARDINALI, 2017a, p. 30).

⁷²⁵ É fato que o ativismo judicial é controverso e muitas vezes apontado como um desequilíbrio na dinâmica dos freios e contrapesos. Entretanto, ainda é válido o destaque de Fernando de Brito Alves para quem os verbos presentes no Art. 3º da CRFB/88 “estão conjugados de modo a sugerir a ação positiva do Estado, no sentido da minimização das diferenças”. Nesse sentido, segundo o autor, o “inciso IV, do referido artigo, ainda é mais objetivo quanto às intenções do Constituinte quando coloca entre os objetivos fundamentais do Estado a promoção do bem de todos” (ALVES, 2009, p. 62).

⁷²⁶ Como se espera ter ficado claro, a presente tese objetiva demonstrar que a positivação do direito à livre constituição familiar (ou seja, sem qualquer natureza discriminatória) das famílias homossexuais é um exemplo claro e exemplar de atuação da jurisdição constitucional que responde adequadamente à demanda legítima com uma decisão teórica e fundamentalmente sólida. Essa configuração, em consequência, blinda o direito fundamental positivado com o princípio de vedação ao retrocesso de direitos, mesmo mediante situação de *backlash* pretensamente democrático.

demandas. Como destacado por Barroso, em grande medida, o ativismo judicial é “parte da solução, e não do problema”, mas é preciso que seja usado de modo “eventual e controlado”, visto que seu uso excessivo pode(ria) “desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira” e os problemas funcionais do Legislativo. Como destacado por Barroso, uma reforma política é necessária, mas não pode ser feita pelo Judiciário (BARROSO, 2012, p. 32).

A atuação das Cortes no reconhecimento das uniões homoafetivas e do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo é um exemplo basilar da importância e da legitimidade da atuação Judicial, não se configurando como “reforma política”, mas a realização dos direitos humano-fundamentais⁷²⁷.

Ao longo da segunda metade do século XX (e poderia ser acrescentado o começo do século XXI), o papel das cortes constitucionais e dos órgãos com funções análogas (judiciais ou quase-judiciais) foi inflado com novas atribuições, exercendo o monopólio da última palavra⁷²⁸ (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 124). Considerando que a presença do ativismo judicial se dá não por geração espontânea, sua ocorrência surge como resultado de fatores sociais, políticos e legais⁷²⁹, especialmente, para

⁷²⁷ Nesse mesmo sentido, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti apontam que o papel contramajoritário do STF é (como possibilitado pelo regime constitucional) reconhecer direitos fundamentais às minorias, muitas vezes ignoradas (intencionalmente ou não) pelo Legislativo. O Brasil se encontra no quadro de sociedades descentradas onde o Legislativo demanda mudança, pois os partidos não mais conseguem representar interesses de todos os grupos. A crise do Legislativo impede que se gerem leis que criem políticas públicas, pois “os partidos políticos, no Brasil, não tomam partido” (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 66). A crise do sistema implica sua reestruturação/adaptação para uma nova formatação satisfatória, o que legitima a decisão democrática das Cortes ao garantir direitos humano-fundamentais que promovam a coesão e equilíbrio social, ou seja, o bem estar – obviamente não como uma escolha política, mas amparado na construção normativa e jurisprudencial existente.

⁷²⁸ Fernando de Brito Alves e Vladimir Brega Filho afirmam que no Brasil esse monopólio é exercido de forma promíscua e com risco de estabelecimento de drenagem axiológica ao encarnar com exclusividade os valores constitucionais. Segundo os autores isso não seria razoável em democracias substantivas fundadas no pluralismo (2015, p. 124-125).

⁷²⁹ Há que se destacar que essa tendência de deslocamento da solução de problemas políticos sociais para o Poder Judiciário se deu em princípio (no contexto brasileiro), como destacam Baez e Mozetic (2014), por vontade do Constituinte Originário que, com a promulgação da CRFB/88, instrumentalizou o Poder Judiciário “com uma série de mecanismos de controles sobre políticas públicas”, de modo que este Poder “foi direcionado para o jogo político sem ter sido previamente preparado para tanto [...] tornando suas decisões muitas vezes imprevisíveis” (2014, p. 53). É possível extrair dessa questão que a vontade constituinte possibilitou mecanismos de reequilíbrio do sistema democrático ao abrir a possibilidade de que a interdependência dos poderes permitisse essa mútua interferência. Ainda que não seja possível encarar a História como uma sucessão harmônica e diretamente consequencial de fatos e resultados, é possível atribuir ao Estado social um *panorama de tensões, crises e controvérsias* que se caracterizou pela expansão dos Poderes do Estado Legislador e Administrador (Executivo) sem precedentes. Essa situação intensificou a exigência do controle judiciário fazendo com que as lides deixassem de envolver os sujeitos privados e alcançassem os Poderes políticos do Estado (RIBEIRO, 2000, p. 301). Primeiro houve um inflacionamento do legislativo (o que no Brasil permitiu a produção normativa irrefreada e sem

proteção de direitos fundamentais⁷³⁰. Destaca Castro, que a Corte Constitucional Colombiana⁷³¹ desenvolveu o ativismo judicial fazendo uso de uma interpretação ampla das normas constitucionais e intervindo em debates relativos à política econômica, em geral, e nas políticas setoriais em particular⁷³². O autor, com fundamento em Rodrigo Uprimny, menciona quatro condições as quais têm oportunizado o ativismo: (i) o desenho do procedimento constitucional confere enorme poder jurídico à Corte Constitucional; (ii) a crise de representação política, principalmente, nos corpos políticos – como Legislativo e Executivo; (iii) a debilidade dos movimentos sociais e dos partidos de oposição, incluindo as forças políticas que promoveram a aprovação de uma nova Constituição; e (iv) a implementação de uma política econômica de corte neoclássico, justamente depois da aprovação da Constituição Colombiana (CASTRO, 2014, p. 119)⁷³³. É possível extrair de Castro, dessa forma, que a ocorrência de uma judicialização da política e/ou de um maior protagonismo judicial nas demandas, não só no Brasil, mas em outras democracias do Ocidente⁷³⁴, é um fator complexo e motivado por diferentes causas e não como uma estratégia de *proyecto de poder* pelas Cortes e seus membros.

uma discussão quanto à qualidade da legislação produzida) e que implicou uma maior possibilidade de judicialização dos direitos positivados pela norma.

⁷³⁰ É constitucional também a característica de inevitabilidade do Judiciário enfrentar as questões que a ele são apresentadas. A CRFB/88 em seu Art. 5º, XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito” de modo que a inafastabilidade da apreciação judicial não é uma construção das Cortes, mas uma decisão do Legislador Constituinte. É também por meio dessa previsão constitucional que os movimentos e atores políticos democratizam suas pautas na arena judicial, ou seja, é uma estratégia de luta possibilitada por decisão constituinte ainda que não fosse esse o objetivo inicial ou originário.

⁷³¹ É salutar o desenvolvimento de maiores aproximações entre as discussões teóricas da atuação das Cortes Constitucionais do Brasil e da Colômbia, em razão de similaridades políticas, sociais e culturais de ambos os países. Considerando que não é o escopo da presente tese, uma pesquisa específica será feita em momento oportuno.

⁷³² No original: “haciendo uso de una interpretación amplia de las normas constitucionales e interviniendo em debates relativos a la política económica, en general, y a políticas sectoriales, en particular”.

⁷³³ Esses elementos apontados por Castro no contexto colombiano, inclusive, apresentam muitos paralelos com a realidade brasileira.

⁷³⁴ Como uma ocorrência em diversos países, a adoção dos Tribunais Constitucionais (ou Supremas Cortes) como espaços por uma maior efetividade das pautas das minorias – reforçando a importância do protagonismo social e judicial nesse sentido – demonstra que esse é um fenômeno tão global quanto atual para as democracias no Ocidente. Assim, o protagonismo judicial com fundamento em diretrizes de direitos humanos aponta para uma aparente confluência da jurisprudência comparada e para uma visão interna do Judiciário em distintos países à luz do que está sendo construído na Teoria Internacional dos Direitos Humanos. É fato que há um substancial arcabouço normativo em matéria do Direito dos Tratados, mas as violações dos direitos humanos são, igualmente, um fato. Há uma constelação orientadora em abstrato nas normativas internacionais e isso significa ao mesmo tempo uma contradição e uma justificação discursiva e teórica para o protagonismo das Cortes. A esse respeito é válido destacar quatro contradições apontadas por Gomes e Lira (2013).

É importante destacar que a judicialização da política é constatável em diversos países do mundo, dada a expansão do Direito e a problematização das intervenções judiciais, logo, como um fenômeno ocidental influenciado pela experiência estadunidense de jurisdição e do modelo europeu (sendo o sistema brasileiro um sistema misto influenciado pelo modelo austríaco). Nesse sentido, “a judicialização da política”, como um fenômeno e uma prática, “não depende da vontade do órgão judicante, mas é uma demanda social que é ocasionada por reivindicações de direitos, acarretando aumento de litigiosidade”. Assim, por força da CRFB/88, no contexto brasileiro, a limitação do Legislativo e Executivo pelo Judiciário não se configura como “intervenção funcional de um Poder sob o outro”, mas especialização que a própria Constituição estabeleceu. Desse modo, “a judicialização não pode ser interpretada como fenômeno prejudicial à democracia constitucional” (SÁ; BONFIM, 2015, p. 179).

Além disso, pesquisas empíricas indicam que o STF está muito mais orientado para ser um conservador da ordem, então, se posicionando com grande deferência ao que é produzido pelo Parlamento, do que seria o perfil de uma Corte ativista (POGREBINSCHI, 2011).

É relevante considerar que a judicialização da política, ainda que se constitua como um fenômeno global, possui atuação limitada no que se refere às transformações sociais, especialmente considerando uma perspectiva de desigualdade econômica. Maria Rita Loureiro, ao analisar os estudos de Ran Hirschl sobre o que ele chama de “juristocracia”, aponta que, ainda que se trate de um fenômeno originalmente vinculado ao modelo de Democracia Constitucional estadunidense do século XVIII, é um processo crescente.

Loureiro (2014) indica que, para Hirschl é questionável se há, de fato, avanços democráticos. Para o citado autor, a transferência desse poder para as Cortes, é uma estratégia das elites políticas dominantes ao se sentirem ameaçadas nas arenas parlamentares, bem como reflexo de ondas econômicas vinculando a popularização da constitucionalização de direitos como um interesse neoliberal.

Ao analisar países que primavam pela “soberania parlamentar” e “migraram” para o modelo de judicialização das políticas, Hirschl não teria identificado mudança significativa na defesa dos direitos sociais como forma de enfrentamento das desigualdades econômicas, na medida em que as Cortes agem, principalmente, para promover direitos de liberdade e de não interferência da vida privada (como o direito à não discriminação em razão da orientação afetivo-sexual). Além disso, para Loureiro,

Hirschl identificou que as Cortes em poucos casos divergem (no que tange aos desacordos morais e controvérsias políticas) com as elites políticas poderosas (LOUREIRO, 2014, 190-191)⁷³⁵.

A jurisdição constitucional, como um resultado dessa adaptação do sistema democrático-constitucional, garante que no sistema jurídico o Parlamento elabore constitucionalmente as leis (aspecto procedimental) e leis constitucionais (aspecto material). A CRFB/88 apresenta a funcionalidade instrumental de *limitar objetivamente a atuação congressual quanto ao processo legislativo*, evitando eventuais arbitrariedades, e quanto aos *valores substantivos assumidos pelo texto constitucional*, o que é eficaz na proteção das minorias (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 127).

Como um processo necessário de politização da sociedade por meio da judicialização da política, o protagonismo judicial apresenta-se enquanto estratégia intermediária de aperfeiçoamento da Democracia. Ao judicializar demandas, as minorias buscam colocar suas pautas em foco, o que seria inviável em outros cenários (como o Legislativo), visto que não se trata de representação popular, mas de grupos de poder (político e econômico)⁷³⁶.

A postura vanguardista e progressista adotada pelas Cortes em algumas situações para decidir sobre as uniões homoafetivas encontrou resistências no mundo jurídico e político⁷³⁷ que podem ser resumidas nas seguintes categorias: (i) uma moralidade religiosa judaico-cristã adotada como orientação imperativa de

⁷³⁵ A despeito das ponderações de Hirschl sobre a judicialização da política, suas objeções pouca significância traz para o contexto específico da legitimidade democrática da posituação do direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas. Ainda que se entenda a necessidade de superar desigualdades socioeconômicas para o alcance de uma real Democracia Constitucional, a judicialização da política não deve ser vista como único caminho, mas *uma alternativa* para quando as arquiteturas político-institucionais perpetrarem tratamento discriminatório. A fraca atuação das Cortes em aspectos de direitos sociais prestacionais envolvem aspectos de políticas públicas e recursos que não são objetos de reflexão do democrático litígio estratégico, já que os direitos sociais (em razão da possibilidade de “relativização” por parte da “reserva do possível”) demandam análises muito específicas.

⁷³⁶ Salim e Silva, de forma pontual, argumentam que a Democracia (como sistema político), por possuir um aparato complexo, gera um processo que fomenta a diversidade de possibilidades de escolha e decisão, resultando em novas alternativas e decisões. Essa dinâmica gera(rá) discriminação de propostas e alternativas no processo de “variação, seleção e estabilização” para reduzir sua complexidade interna e continuar complexa (SALIM; SILVA, 2016, p. 98). A judicialização da política tornou as interações complexas e a legitimação democrática das Cortes se fez necessária para a participação da sociedade também nesse espaço como um espaço representativo. Com a abertura dos processos decisórios judiciais para a participação de interessados da sociedade civil, permitiu-se que a *variação* e a *seleção* de aspectos pudessem também ter a coparticipação dialogada com a comunidade política.

⁷³⁷ Os opositores ao protagonismo judicial nesse processo se atem ao debate de que o STF estaria legislando ao reforçar (cega e estritamente) uma visão excludente e restritiva de que a CRFB/88 diz o contrário do que foi decidido. É fato que os argumentos de oposição comentam, apenas superficialmente, sem nunca atacar essa fundamentação, pois é incontestado que o reconhecimento da união homoafetiva está amparado pelos princípios: 1) dignidade da pessoa humana, 2) igualdade, 3) vedação de discriminações odiosas, 4) liberdade e 5) proteção da segurança jurídica.

discordâncias morais; (ii) aspectos supostamente naturais/biológicos, mas fortemente ancorados ainda numa retro argumentação religiosa sendo pseudocientífica, portanto; (iii) costumes e a manutenção de uma moralidade pública, como se a sociedade não estivesse preparada para assimilar relações familiares não heterocentradas; (iv) ausência de previsão legal sobre a matéria, buscando entender no silêncio legislativo um ato volitivo de não legislar (ou seja, uma resposta negativa sobre o tema); (v) o Judiciário não teria competência ou legitimidade (democrática e jurídica) para decidir sobre o tema “criando” direitos ou decidindo a respeito de desacordos morais.

Para uma análise técnico-jurídica, é preciso desconsiderar argumentos eminentemente religiosos, por se entender que a produção jurídica deve se originar de construção racional e científica⁷³⁸. A intervenção religiosa na esfera política é intensa na produção legislativa nacional e em sua discussão. Como analisado por Adrielly Francine Rocha Tiradentes, quando investigou as manifestações parlamentares para a recusa do Projeto de Lei 1.151/1995 (apresentado pela então deputada Marta Suplicy em 1995), observou-se claramente uma retórica de conteúdo moral nas manifestações parlamentares que nada mais são que fruto de tradição religiosa. As posições apresentadas tentavam supostamente legitimar (na concepção deles) um “processo contínuo de interpretação e nivelamento de condutas sociais por intermédio de tais discursos”, interpretando-se passado, presente e futuro dentro de nuances religiosas com intuito de “homogeneizar as formas de manifestação do comportamento humano no âmbito sexual e familiar”.

Além disso, o teor religioso dessas manifestações chega(ra)m “a níveis notadamente inconstitucionais, uma vez que tais argumentos são utilizados para justificar a inferioridade e degradação que se acredita [por eles] ser inata ao homossexual”. Nesse sentido, a intervenção religiosa na esfera política demonstra intensa “similaridade entre discursos políticos e discursos pastorais, podendo facilmente ser confundidos” e isso “tem causado a obstrução de direitos a uma determinada classe e sedimentado a discriminação”. Como destacado por Tiradentes, uma Democracia não é feita apenas observando a tradição ou a cultura religiosa de um país, mas

⁷³⁸ Ao analisar a questão, apontando como argumentos contrários ao reconhecimento da união homoafetiva, Elena Tordesillas Escudero aponta como argumentos iniciais a postura mantida por movimentos religiosos que não contemplam a possibilidade de estabelecer matrimônio que não seja entre homem e mulher. A autora indica também o Direito Canônico, que prevê como requisitos para o casamento a existência de consentimento, ser um consórcio permanente entre um varão e uma mulher, e seja um sacramento ordenado para a procriação da prole mediante uma certa cooperação sexual (2016, p. 82-83)

operacionalizando-se completamente a cisão entre argumentos de cunhos religiosos e legais para fortalecer a quebra desse paradigma democrático (TIRADENTES, 2016, p. 72, 73, 77-78)

No que se refere ao argumento de que, em razão de uma tradição e de um legado histórico e preservação dos costumes, a manutenção de uma moralidade pública indicaria que a sociedade não está preparada para assimilar relações familiares não heterocentradas (ou, por assim dizer, tradicionais), o que se revela é uma falácia argumentativa a esse respeito. A sociedade (e isso pode ser afirmado em uma perspectiva global, inclusive) passou por diversas transformações no último século e especialmente nas duas últimas décadas.

Como indicado pela ILGA, dos 54 países que atualmente reconhecem a união homoafetiva (seja na modalidade de casamento ou como união civil entre pessoas do mesmo sexo) 39 deles o fizeram dentro do período de dez anos, ou seja, cerca de 73% (setenta e três por cento) dos países que possuem o reconhecimento médio ou forte do direito à livre constituição de família entre pessoas do mesmo sexo rompeu um paradigma cultural e social em um período relativamente curto (ILGA, 2019). Os países que permitem a união homoafetiva mais que triplicaram dentro de um período de dez anos.

Cambi discorre que “negar a legitimidade democrática ao Judiciário para aplicar [...] direitos fundamentais seria ignorar a submissão do legislador à Constituição” bem como o “papel da jurisdição constitucional na efetivação do Estado Democrático de Direito”. Para o autor, ao Judiciário cabe o dever de “zelar pelo respeito aos direitos fundamentais que são as bases substanciais para a realização da democracia (CAMBI, 2016, p. 347).

Ao identificar a postura de resistência do STF a medidas de autocontenção e mitigação de sua interferência como posturas de decisões minimalistas ou de deferência às decisões políticas do Parlamento na produção normativa e seu significado, parecendo se orientar cada vez mais para um fortalecimento de seu protagonismo (muitas vezes, se justificando, com maior ou menor razão, nas omissões legislativas), Cerqueira Neto (2014) oferece a proposta de pensar em alternativas de “reconfiguração” da arquitetura institucional, como a desenvolvida por Bruce Ackerman (2000) sobre “a nova separação dos poderes”, como uma contribuição para o amadurecimento institucional brasileiro.

Nessa proposta, para Cerqueira Neto (2014, p. 295), há um “transcendimento” do STF (ou da Suprema Corte, em uma figura mais geral) como um foco,

reconhecendo-se todavia a sua importância para a garantia dos direitos fundamentais, e com isso a construção de novas instituições não judiciais que compartilhassem dessa missão interpretativa e fiscalizadora (se aproximando em alguma medida da proposta europeia continental) e que teriam um papel suplementar sobre a efetivação de direitos de participação democrática e justiça distributiva.

A discussão sobre um protagonismo judicial, ou seja, da Suprema Corte, na decisão de determinadas matérias envolve um questionamento pluripartidário e pluri-ideológico, tanto de direita quanto de esquerda, conservadores e progressistas. As críticas ao controle judicial, não raro, envolvem e “se confundem com satisfações ou insatisfações com decisões particulares, o que coloca um componente emocional bastante forte”. Se verifica que, em momentos conservadores da Corte, os progressistas se queixa(ra)m do ativismo; em outros momentos de perfil progressista, são os conservadores que se incomoda(ra)m (VIEIRA *et al.*, 2018, p. 281).

10.2. Cortes como agentes legítimos de criação do Direito

É preciso alargar o foco do Direito (e de sua aplicação, é possível acrescentar) adotando-se uma visão dialética que leve em consideração as pressões coletivas nascidas da sociedade civil organizada (o que vale dizer: as não governamentais) de forma que tais visões possam assumir posições de vanguarda.

O Direito, para que possa ser “autêntico e global”, não pode e nem deve se manter “isolado em campos de concentração legislativa” devendo, ao contrário, indicar “os princípios e normas libertadores”. A lei, nessa perspectiva, é uma parte do processo jurídico com capacidade para transportar conquistas melhores (LYRA FILHO, 2007, p. 09-10).

Além disso, é preciso reconhecer que a produção de normas deve superar a visão simplista e limitada que atribui ao Poder Legislativo a exclusividade da tarefa (ainda que se lhe reconheça como tarefa principal), visto que as Cortes Constitucionais, por estarem dotadas de legitimidade democrática, contribuem como um prolongamento via atividade interpretativa do processo legislativo (BOTELHO, 2013) e, por consequência, participando da construção do Direito e do Sistema Jurídico de um dado ordenamento.

A legitimidade democrática das Cortes Constitucionais em participar do processo criativo do Direito (e do Sistema Jurídico), no reconhecimento de direitos fundamentais reconhecidos nessa dinâmica, parte de um processo de *input* e *output*.

Conrado Hübner Mendes também, nesse sentido, afirma que “a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional é mensurada tanto por seu conteúdo (*output*) quanto pelo seu procedimento (*input*)” de modo que o “reconhecimento de um procedimento justo estimula a aquiescência em face de resultados não consensuais” (2008, p. 42).

Extraindo um norte sobre essa questão, Diana Patrícia Hernández Castaño aponta os critérios para abordar a legitimidade democrática de uma Corte (partindo-se do princípio de que a democracia se constitui em um elemento essencial da construção dos sistemas de proteção de direitos humano-fundamentais), de modo que esses requisitos envolvem duas perspectivas: a legitimidade democrática de origem (*input*) e a de resultado (*output*). Amparada nos ensinamentos de Fritz Wilhelm Scharf (1997), Hernández Castaño destaca que a Democracia busca autodeterminação coletiva, de modo que se trata de um conceito bidimensional o qual envolve *input* (insumos) e *outputs* (produtos) do sistema político (e que se poderia acrescentar o sistema jurídico) ao mesmo tempo. Considera a autora que, no *input*, a autodeterminação deve derivar política e (in)diretamente das preferências dos cidadãos (e isso orienta a responsabilização dos governos) e que o *output* deve implicar o controle do resultado. Ambos devem estar orientados para o alcance de alto grau de eficácia como elementos essenciais para a legitimidade democrática (HERNÁNDEZ CASTAÑO, 2015, p. 34-35).

O *input* de legitimidade democrática do STF está no reconhecimento da união homoafetiva; com isso, ratifica-se sua legitimidade no controle concentrado de constitucionalidade está determinado, por exemplo, por sua própria formação enquanto parte dos Poderes do Estado.

Quando o Estado Democrático de Direito foi constituído pelo Poder Constituinte Originário, sua presença foi objeto de eleição (e vontade) da regra majoritária que entendeu sua existência (do STF) como requisito para o equilíbrio estatal e o controle dos demais poderes. Esse *input* está, também, na existência de um devido processo pré-determinado para julgamento das demandas e uma série de procedimentos preexistentes democraticamente eleitos com essa funcionalidade para que o processo seja verdadeiramente democrático.

O *output* de legitimidade democrática do STF, no reconhecimento da união homoafetiva, está na qualidade e nos resultados da decisão: com o alcance da máxima

eficácia dos direitos fundamentais e da efetivação das promessas constitucionais de igualdade e liberdade⁷³⁹.

Esse pensamento é acompanhado por Gândara e Cambi, que reconhecem a legitimidade da jurisdição constitucional para “tutelar os direitos fundamentais, e inclusive, ao formular, controlar ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição”. Para os autores essa legitimidade está “baseada na noção de democracia em sentido substancial, cabendo aos juízes a tutela constitucional dos direitos fundamentais” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 168). Essa legitimidade é exercida por meio do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade, nesse sentido, se encontra, na teoria constitucional, sob dois pontos de vista polarizados: (i) interpretacionismo – para quem os juízes devem decidir questões constitucionais nos limites das normas produzidas pelo legislador; e (ii) não interpretacionismo – que defende uma postura do judiciário que transcenda o conjunto de referências explícitas ou claramente implícitas de modo a extrair normas não claramente consignadas no texto escrito (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 125). É possível, entretanto, pensar em um caminho misto que autorize um interpretacionismo desde que seja exercido em situações pontuais e excepcionais, como o foi o reconhecimento da união homoafetiva e seus desdobramentos no Brasil.

Caio Henrique Lopes Ramiro (2014, p. 124-125), ao analisar a hermenêutica constitucional nos EUA e a função política do direito a partir da teoria da integridade, destaca que a corrente *interpretacionista*, também conhecida como originalista ou textualista, apresenta uma perspectiva de “vinculação do julgador ao texto constitucional, à busca pelo sentido da vontade do legislador originário”, o que implica limitar as decisões das questões constitucionais ao que está explícito ou claramente implícito na Constituição escrita.

Na tradição jurídica brasileira, segundo o autor, “os interpretacionistas são textualistas/legalistas no que tange a sua abordagem hermenêutica”. Por sua vez, a linha *não interpretacionista* indica uma leitura proativa das Cortes, entendendo que os julgadores possuem a tarefa de adequar o texto constitucional ao contexto político de sua época, o que, com isso, apresenta uma linguagem aberta do texto normativo e

⁷³⁹ Por óbvio, essa leitura não é unânime ou pacificada. Conrado Hubner Mendes, por exemplo, observa que, para Dworkin, a questão da “democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais, é uma questão de *output* substantivo, não de *input* procedimental” (MENDES, 2008, p 02).

consequentemente na possibilidade de que promova uma abordagem construtivista (RAMIRO, 2014, p. 124-125)⁷⁴⁰.

Segundo Alves e Brega Filho, a postura interpretacionista do controle judicial de constitucionalidade possui(ria) na contemporaneidade maior apelo popular, sob a alegação que tal postura corresponde(ria) à “expectativa do que é o direito e de como ele funciona”. Acrescentam os autores que seria difícil “tentar conciliar o não-interpretacionismo com a concepção de democracia que se consolidou na *communis opinio*” da comunidade política brasileira. O não-interpretacionismo deve(ria) ser alvo de crítica por supostamente indicar estar o Judiciário atuando, como se legislador fosse, reportando-se essa postura, na seara política, como “indistinção e preponderância de um poder sobre os outros” (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 125).

Ainda que existam críticas sob o argumento de subversão da separação dos Poderes, como já indicado, no que se refere aos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis (e isso se prova pelo uso estratégico da jurisdição constitucional como *locus* de representação política) que a postura não-interpretacionista também recebe adesão, pois a visão interpretacionista (em seu sentido estrito) dificilmente atenderia às exigências do constitucionalismo democrático, que busca dar estabilidade (e efetividade) para a Democracia.

Trazendo para a discussão que centraliza o debate desta tese, informa-se que a jurisprudência passou a exercer o seu papel de inovação da ordem jurídica “ao reconhecer direitos àqueles membros de famílias homoafetivas entre outras espécies” de família, onde “obstante o silêncio da Constituição Federal e do Código Civil, muitos doutrinadores vêm enumerando essas famílias de fato e abordando suas características”⁷⁴¹ (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p. 180). Nesse ato, tensiona de forma criativa constitucionalismo e democratização dos direitos e benefícios da cultura jurídica. A jurisdição constitucional reconhece o Direito como razão e fenômeno (auto)transformador.

⁷⁴⁰ A Corte Constitucional na Colômbia, por exemplo, se converteu em uma das poucas instituições dispostas a desenvolver os mandatos constitucionais e adotar medidas necessárias para a realização do catálogo de direitos, incluindo os direitos sociais, o que tem gerado resistências do setor econômico e de funcionários do Governo (CASTRO, 2014, p. 119), o que se poderia atribuir a uma postura não-interpretacionista em alguma medida. O mesmo também se verificando no caso brasileiro, mas também com a presença de outros grupos com força política (e com interesses que orbitam o fundamentalismo cristão e um moralismo populista).

⁷⁴¹ Esses novos arranjos familiares estão analisados no Capítulo VI, e as uniões homoafetivas com especial destaque no Capítulo VII.

É preciso pensar a totalidade do fenômeno jurídico (o que implica no reconhecimento do Direito-Ciência e seus desdobramentos na Teoria e Filosofia do Direito e as Dogmática, Sociologia e Axiologia Jurídicas), como proposto por Pinto Coelho, com base em Miguel Reale (1986), e não apenas em parcela de sua realidade. Visões reducionistas sobre fato, valor ou norma impedem o alcance de uma gnosiologia tridimensional do Direito (especialmente por se conceber que os saberes envolvidos têm como função, em seu sentido dialético, a tridimensionalidade do saber jurídico). À luz de tais considerações a jurisprudência é uma ciência normativa, entendendo-se a norma jurídica “mais que uma simples proposição lógica de natureza ideal”, sendo “antes uma realidade cultural e não mero instrumento técnico de medida”. Não se olvida, portanto, que é na norma jurídica que “se realizam conflitos de interesses e se integram renovadas tensões fático-axiológicas (normativismo jurídico concreto ou integrante)” (PINTO COELHO, 2010, p. 103) que se manifesta na realização da (boa) jurisprudência⁷⁴².

Apenas é possível apreender o total sentido do Direito em “seu pleno conceito” quando se promove uma leitura integradora de suas linhas fundamentais, o que envolve os momentos (i) do *direito-norma* (sua constituição e declaração), (ii) do *direito-saber* (sua cognição, categorização e sistematização) e, por fim, (iii) do *direito-fruição* (sua atualização, efetivação e concreção), sob pena de se incorrer em perda de sentido (PINTO COELHO, 2010, p. 103-104). A decisão de reconhecimento do direito de que casais de mesmo sexo tenham suas uniões legitimadas (como casamento, união estável ou similares⁷⁴³) envolve esses três momentos para alcance de uma justiça social legítima.

À luz de tais considerações, não é sem razão que Alves e Brega Filho, concordando com John Hart Ely, ponderam que a jurisdição constitucional deve ocorrer em situações excepcionais quando houver argumentos que sustentem que um governo (Executivo e/ou Legislativo) esteja “em mau funcionamento sistêmico”⁷⁴⁴. Essa engrenagem imperfeita é identificada quando (i) os canais de mudança política estão inacessíveis para os excluídos, ou seja, já se encontra obstruídos pelos já incluídos – nesse contexto, inexistem possibilidades reais de transformação social ou inclusão de

⁷⁴² A boa jurisprudência se manifesta quando a decisão judicial (e a cultura jurídica que é construída com sua contribuição) é instrumento de ampliação e efetivação de direitos fundamentais, quando contribui para o equilíbrio no ambiente democrático e quando estabelece uma racionalidade argumentativa que valoriza conceitos fundamentais, superando concepções estagnadas e que não respondem à realidade e à dignidade da pessoa humana.

⁷⁴³ Aqui se incluem: parceria civil, parceria doméstica, uniões civis, entre outros modelos e nomenclaturas adotados em sistemas jurídicos estrangeiros.

⁷⁴⁴ O que poderia resultar no “antidireito” de Lyra Filho.

excluídos. Outra situação de potencial indicação ocorre quando (ii) “os representantes das maiorias colocam em desvantagem uma determinada minoria, ainda que ninguém lhe negue explicitamente o direito de participar do processo político”, se identificando um tratamento diferenciado que “por mera hostilidade ou preconceito lhe nega a proteção oferecida pelo sistema representativo a outros grupos” (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 129)⁷⁴⁵.

Existe, nesse sentido, um alto grau democrático⁷⁴⁶ na preservação das instituições, por impedirem que a vontade soberana do povo seja suplantada pela de poucos (que ocupam cargos eletivos e estão à frente dos órgãos de governo), no que se refere às decisões plasmadas nas Constituições concretas. A preservação das instituições envolve que mudanças formais operadas pelo poder de reforma constitucional sejam controladas, assegurando que a Constituição não seja manipulada – o que geraria crise de legitimidade da Constituição (TAVARES, 2005, p. 494)⁷⁴⁷.

A atuação da jurisdição nas Cortes Constitucionais não pode se dar como uma atuação interventora e sem quaisquer limites. Atos de ingerência em certas situações implicaria prejuízos para Democracia como fundamentam os *procedimentalistas* (como Habermas) para quem questões polêmicas (por seu conteúdo complexo, moral e ético) deveriam ser resolvidas em um debate público e, em razão disso, “acaba

⁷⁴⁵ A problemática da legitimidade da Corte Constitucional, como consequência dessa visão formal do direito positivo e que se reflete na leitura formal da legitimidade democrática, se destaca (i) quando as decisões dos demais Poderes são questionadas (atuando o Tribunal em sua função arbitral); (ii) quando questiona a lei chancelada pela maioria momentânea (função estruturante); ou mesmo quando o Tribunal atua (iii) contra a própria “opinião pública”. A função estruturante do Tribunal Constitucional existe em contraposição à função normativa do Legislativo e Executivo que, em tese, emanam decisões legítimas por serem representativos do eleitorado e são contestados e afastados por um órgão que não titulariza o mesmo tipo de legitimidade. Dito de outra forma, a questão orbita em saber como um órgão sem responsabilidade política e popular direta determina e limita como órgãos representativos eleitos por sufrágio devem governar. A crítica faz parecer que ao se colocar tal responsabilidade na Corte Constitucional retornar-se-ia ao *governo dos homens* abandonando o *governo das leis* (TAVARES, 2005, p. 496-497).

⁷⁴⁶ A jurisdição constitucional inclusiva, dentro dessa questão complexa, em alguma medida volta a considerar (no exercício hermenêutico) o sentido ético do direito.

⁷⁴⁷ As Cortes constitucionais se utilizam de conteúdos contidos nas normas presentes do texto constitucional e valores substantivos que não estão presentes (expressamente), e é preciso assumir isso como um fato, sob pena de incorrer em uma teoria ingênua onde os intérpretes seriam neutros e o texto normativo objetivo e suficiente. Essa percepção é necessária à luz da compreensão de que a mera separação dos poderes não assegura que os governos sejam inclusivos (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 128-129). As democracias constitucionais contemporâneas estão baseadas em valores de liberdade e igualdade. O protagonismo judicial apenas “equilibra” a omissão legislativa nesse processo e rechaça a ideia de vontade majoritária opressora. Bahia e Vecchiatti destacam que “garantindo esses direitos às minorias, garante-se o direito de todos, porque os direitos fundamentais são constitutivos da democracia”. Os autores, com apoio em Habermas (1998), defendem que (no atual contexto) a Democracia não pode ser espaço para uma “tirania da maioria”, mas se constituir como resultado de uma permanente formação discursiva de opinião (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 68).

impossibilitando a participação democrática da população, que não tem a oportunidade de opinar nessas situações” (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 54).

É possível divergir, entretanto, quanto à crítica (na perspectiva *habermasiana*) feita por Baez e Mozetic (2014) de que discussão judicial representaria um afastamento da população na participação democrática, pois a arena judicial tem se revelado um importante espaço de representação política das minorias. As minorias e os grupos vulneráveis têm pouca ou nenhuma chance de reais transformações políticas segundo as regras do jogo estabelecidas confortavelmente pelas majorias e grupos hegemônicos. Nesse sentido, a Democracia transmutou-se dentro de suas características no constitucionalismo para adaptar-se de modo a oferecer novas alternativas de promoção do debate argumentativo e democrático.

A reestruturação do sistema constitucional-democrático, no sentido de viabilizar novos espaços de representação e debate democrático (nas Cortes Constitucionais), é reconhecida pelos atores políticos e institucionais. É válido observar que o reconhecimento do protagonismo judicial em face de omissões (intencionais ou não) do Legislativo se dá institucionalmente, como manifestado pelo Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto, nos autos do Recurso Especial n. 607.562/PE⁷⁴⁸. Nos autos, o Subprocurador comenta que “quando o arcabouço legislativo não acompanha a evolução social, cabe ao Judiciário, na sua missão de apreciar a lesão (ou ameaça) a direito”, fazê-lo nos termos da CRFB/88⁷⁴⁹, e, com isso, “infundir ao manancial legal, à luz da força normativa dos princípios constitucionais, o sentido mais efetivo à norma, sem que isso arranhe o princípio federativo” (BRASIL, 2010, p. 03).

Nesse pormenor – e considerando o Judiciário como seara de contestação inclusive do próprio Estado no âmbito interno, mas também o acesso à justiça em âmbito internacional (como os Tribunais de Direitos Humanos ou Cortes de Direitos Humanos) – as minorias e os grupos vulneráveis encontraram (nessas instâncias judiciais) permeabilidade para burlar os constrangimentos e obstáculos apresentados por outras instâncias estatais.

⁷⁴⁸ A ação discutia a possibilidade de casais homossexuais receberem proteção previdenciária com a percepção do auxílio de pensão por morte de companheiro do mesmo sexo.

⁷⁴⁹ Art. 5º, XXXV que afirma “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Assim, como colocado por André dos Santos Gonzaga e Deilton Ribeiro Brasil, com base em Sodré (2011), os Tribunais (por constituírem o centro formal do sistema jurídico) se mostraram capazes “de assimilar os protestos e institucionalizar em suas decisões um tipo de comunicação que torne efetivos os direitos prescritos” constitucionalmente. Ali “as demandas dos movimentos sociais serão mais facilmente acolhidas e institucionalizadas por conta dessa simbiose de objetivos” (GONZAGA; BRASIL, 2020, p. 1021)⁷⁵⁰.

O STF, na decisão de reconhecimento das uniões homoafetivas como família, atuou com apoio nos fundamentos constitucionais, como a igualdade, procedeu com uma “legítima sentença aditiva” ao fazer uma interpretação conforme a CRFB/88. No caso no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, a Corte acrescentou ao sistema jurídico “a norma faltante de proteção às uniões homoafetivas, de modo a compatibilizá-lo com o princípio constitucional da igualdade” (SOUSA, 2011, p. 396-397)⁷⁵¹. As atividades de um Tribunal Constitucional e as funções a ele atribuídas envolvem sistematização de componentes com possíveis vertentes políticas, a saber: (i) forma de indicação dos integrantes do Tribunal Constitucional; (ii) sua composição; (iii) as condições determinantes das decisões; (iv) os efeitos das decisões; e (v) o tipo de matéria analisada por um Tribunal Constitucional (TAVARES, 2005, p. 449-450).

⁷⁵⁰ Outro ponto a destacar é o papel da mídia nesse processo, que pode auxiliar ou dificultar a democratização desses debates. Gomes e Lira destacam que as manifestações ocorridas no decorrer da segunda década do século XXI são um indicativo de como as mídias e meios alternativos de comunicação podem servir para viabilizar (e incentivar) a mobilização popular, servindo essas mídias a interesses opostos aos seus propósitos iniciais. É possível identificar que existe uma contradição entre *a comunicação ampliada e globalizada* e *o mercado midiático do sensacionalismo*. A despeito de a globalização ter permitido a formação de velozes “teias entrelaçadas de comunicação” (o que ressalta seu papel extremamente importante na fiscalização e denúncia em face dos casos de violação dos direitos humanos) vivencia-se o visível flerte com o sensacionalismo que atrai maior audiência. Os meios de comunicação e mídias alternativas possuem o poder de criar filtros capazes de direcionar como questões aparecerão (e se aparecerão) ou não com maior ou menor ênfase em dado momento (GOMES; LIRA, 2013, p. 165). Cabe ainda considerar é a contradição entre a *propagação rápida dos fatos* (o que gera expectativa com a maior exposição dos casos de violação) e a *lentidão das cortes e outros órgãos governamentais* para enfrentar o assunto das violações (gerando frustração da expectativa e, conseqüentemente, descrédito da validade dos direitos humanos). Esse contraste que pode se dar por diversos motivos (como burocracias piramidais) também pode ocasionar a impunidade (real ou por gerar uma punição extemporânea, ou seja, em longo prazo) enfraquecendo o laço entre “crime e castigo, socialmente tão significativo para o desestímulo de novas faltas” (GOMES; LIRA, 2013, p. 165). A morosidade do Legislativo em tratar da violência contra as populações LGBTQ+ é um desses casos que acaba desembocando no Judiciário como instância democrática na atualidade.

⁷⁵¹ Cabe aqui uma observação necessária referente à Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. A mencionada norma confere maior poder ao Judiciário para “interferir” no Legislativo, igualmente usando de expressões abertas e flexíveis, aumentando a possibilidade de sentenças aditivas no sistema jurídico nacional.

Esses elementos podem ter diferentes desdobramentos, a depender do contexto em que se inserem os Tribunais Constitucionais⁷⁵².

A interpretação hermenêutica de um Tribunal Constitucional deve, à luz dessa “prerrogativa”, buscar a constelação de valores construída dialeticamente no sistema jurídico, axiológica e progressivamente, promovendo uma leitura democrática do ideal de Justiça. Isso deve fazer com que a prestação jurisdicional se adapte às transformações sociais e demandas delas decorrentes, sempre em sentido progressivo (de ampliação e conservação de direitos), jamais retrocedendo em matéria de direitos humano-fundamentais⁷⁵³.

Assim, pelo aspecto decisional, com respaldo em Friedrich (1946), Tavares destaca que o caráter democrático pode ser assegurado pelo uso de instrumentos diversos, por exemplo, um processo participativo exatamente pelo fato que a representatividade e decisões do Tribunal Constitucional não se dão unicamente pelo método da eleição de membros. Acrescenta o autor que o método eleitoral para a composição da Corte seria o menos aconselhável (TAVARES, 2005, p. 495).

A função das Cortes Constitucionais, nesse sentido, é *ressignificada* pelo exercício hermenêutico e pelo reconhecimento de sua legitimidade democrática fundacional. A partir da conceituação de Vicente Rào, entende-se que a hermenêutica objetiva investigação e coordenação dos princípios e leis de forma sistemática, de modo que estes permitam o alcance de conteúdo, sentido e fins das normas jurídicas, bem como restaurando o conceito orgânico do Direito. A hermenêutica, então, se presta para efeito de aplicação do Direito e sua interpretação, feitas por intermédio de processos e regras específicas, o que significa dizer que busca realizar-se como “técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam” (RÃO, 2005, p. 542). É, logo, um processo que se busca rigoroso para legitimar-se procedimentalmente (*input*) no âmbito democrático.

⁷⁵² André Ramos Tavares destaca que no caso da Suprema Corte estadunidense há uma corrente de pensamento no país que considera aquele Tribunal como uma repartição política – que afasta preocupações sobre sua atividade política – o que a “autoriza” a adotar as decisões que considerar desejáveis. Ainda acrescenta, seguindo as observações de Baum (1985), que aquela Corte é política em muitos sentidos, pois a própria nomeação dos membros do Tribunal Constitucional se dá em razão de uma vida pregressa vinculada à atuação política, entre outros aspectos (TAVARES, 2005, 449-450)

⁷⁵³ Sempre que a jurisdição utiliza o método interpretativo para retroceder direitos humano-fundamentais parte de sua legitimidade democrática (aquela que surge em razão de sua função e de seus resultados) é afastada e sua decisão não apenas pode, mas deve, voltar ao debate público e por uma nova rodada de apreciação jurídico-política por parte do Parlamento de forma constitucional e democraticamente legítima.

O reconhecimento da hermenêutica construtiva pela doutrina e pela jurisprudência tem se legitimado ou potencializado com o uso da analogia e com a invocação de princípios fundamentais, destacadamente: a) dignidade da pessoa humana; b) liberdade; c) autodeterminação; d) igualdade; e) pluralismo; f) intimidade; g) não-discriminação; e h) busca da felicidade. Tais princípios revelam “admirável percepção do alto significado de que se revestem” tanto a respeito do direito à orientação afetivo-sexual, quanto das uniões homoafetivas como entidade familiar com consequências relevantes para o Direito e para a Sociedade (STF, 2006, p. 05). Nesse sentido, há preocupação com o resultado desse processo e legitimidade democrática de *output*.

A legitimidade desse exercício hermenêutico de transformação da visão de um determinado sistema jurídico está relacionada com as discussões a respeito de quão legitimada essa postura está frente ao positivismo. Considerando isso, é válido destacar que, ao analisar os modelos qualitativos de positivismo jurídico, Jairo Néia Lima afirma que estes podem ser divididos em *positivismo exclusivo* e *positivo inclusivo*. Nesse sentido, o positivismo jurídico exclusivo não busca corrigir ou questionar o Direito, mas o aceita tal como é, de modo que não há preocupação se o direito é legítimo ou não, mantendo-se assim apartado de anseios sociais e, por isso mesmo, “sendo transformado em instrumento mecânico de perpetuação do *status quo*”, o que faz com o que o direito deixe de ser visto “como obrigação de transformação da realidade social”. Destaca Jairo N. Lima que esse formato de positivismo se apresenta inadequado para o “atual estágio de desenvolvimento do direito, principalmente em tempos de Constituições normativas e principiológicas em que os direitos fundamentais ocupam um local de destaque no ordenamento jurídico”, e por também apresentarem-se como resistência a abusos na esfera pública e/ou particular (LIMA, 2011, p. 17-18).

Jairo N. Lima observa que o positivismo jurídico inclusivo busca amenizar afirmações recorrentes no positivismo exclusivo (quando alega que critérios morais não pertencem ao sistema jurídico), no sentido de que “é possível que o direito possa estar em função de considerações morais” (ainda que não seja uma relação necessária), pois “a moralidade poderá ser uma condição de legalidade desde que haja uma regra de reconhecimento para tanto” (LIMA, 2011, p. 17-18).

Considerando a função das Cortes Constitucionais como importantes atores na promoção e desenvolvimento dos direitos fundamentais (como experiência e como efetivação), conforme Luigi Ferrajoli (2009), a Democracia e a igualdade podem ser medidas pelo nível de alcance da universalidade (ainda que não absoluta) desses

direitos. Ferrajoli, na análise dos direitos fundamentais, considera que é salutar destacar (i) *o que são direitos fundamentais* – que, nessas circunstâncias, devem ser reconhecidos os (direitos subjetivos) que são subjetivamente correspondentes a todas as pessoas humanas⁷⁵⁴.

Ao se falar em direito subjetivo, deve-se ter por compreensão aqueles que implicam em expectativa positiva (que envolva de alguma forma uma prestação) ou negativa (que implica na expectativa de não sofrer lesões) prevista por uma norma jurídica. Outro aspecto relevante para o autor envolve pensar (ii) *quais conteúdos devem ser protegidos como fundamentais* – a partir da compreensão do que (e quais) são direitos fundamentais, as características estruturais (no plano da forma) dos direitos que são estabelecidos *a priori*, e o seu conteúdo apenas *a posteriori* quando se busca garantir uma necessidade ou interesse, se extrai “tanto al mercado como a las decisiones de la mayoria” (FERRAJOLI, 2009, p. 36).

A atuação das Cortes envolve, sobretudo, impedir que visões discriminatórias impeçam o acesso a direitos e garantias individuais de minorias e grupos vulneráveis. Essa visão encontra eco também na experiência estrangeira, a exemplo dos Estados Unidos da América. A Suprema Corte Estadunidense interpretou *o princípio antidiscriminação* para proibir que ocorressem retrocessos em várias áreas do direito constitucional – especialmente aquelas que pudessem prejudicar algum grupo politicamente indesejável.

Exemplo de tentativa de redução do nível de igualdade se deu com o caso *Condado de Prince Edward*, na Virgínia, uma das cinco jurisdições cujos sistemas escolares faziam parte do litígio *Brown vs. Board of Education*. Após as decisões da Suprema Corte em *Brown*, o Condado, diante da perspectiva de acabar com a segregação (entre negros e brancos) em suas escolas, respondeu simplesmente fechando-as completamente (em um claro exemplo de efeito *backlash*).

No caso *Griffin v. Prince Edward County*, no entanto, a Suprema Corte decidiu que o Tribunal do Distrito Federal tinha o poder de ordenar que o condado reabrisse e financiasse suas escolas públicas. A Corte reconheceu que os estados tinham “ampla discricção” (exercício de discricionarietà) ao decidir se deveriam oferecer educação

⁷⁵⁴⁷⁵⁴ O autor menciona também nesse aspecto considerar que são titulares de direitos humanos todos os que possuem status de cidadão ou com capacidade de “obrar”. A presente tese prefere a adoção da expressão humana como forma de simplificação da ideia, vez que em determinadas dinâmicas histórico-sociais alguns grupos têm seu status de cidadão negado ou estão incapacitados de “obrar” sem que, com isso, percam sua condição de pessoa humana.

pública, mas, essa discricionariedade possui limites. Quaisquer *fundamentos não-raciais* podem apoiar uma decisão estatal sobre oferecer ou não escolas públicas (o que implica fechá-las inclusive⁷⁵⁵), mas esses fundamentos devem ter como núcleo um objeto constitucional. Entretanto, se os motivos têm cunho racial e como tentativa de oposição à *de-segregação*⁷⁵⁶ não se qualificam como constitucionais (KARLAN, 2010, p. 702).

Outro ponto a ser considerado é o acesso à Justiça Constitucional, o que significa dizer acesso à Corte Constitucional, o qual proporciona maior legitimidade democrática às decisões de governo e poder normativo, apresentando-se o controle concentrado (e difuso) de constitucionalidade uma fórmula democrático-participativa. Como a discussão a respeito da tutela e fruição de direitos fundamentais admite muitos interessados (nos termos estabelecidos pelo próprio Parlamento), maior legitimidade democrática se confere ao processo constitucional decisório. Consequentemente, é possível aferir na realidade processual a permeabilidade democrática que se consubstancia como fórmula de abertura e acessibilidade, por exemplo, na (i) ação popular direta; (ii) participação de interessados como “auxiliares no processo decisório de interesse constitucional”; (iii) como via recursal de processo judicial (TAVARES, 2005, p. 511-512).

Poder-se-ia acrescentar a abertura de legitimados para propor ações constitucionais de discussão quanto à natureza constitucional ou de preceitos fundamentais de leis, o que permite o amplo debate em temas relevantes para a sociedade (que não identificou no Parlamento o respaldo necessário ou suficiente) via controle concentrado de constitucionalidade, que conta com a possibilidade de audiências públicas e auxiliares (*amicus curiae*) com participação ativa da sociedade civil organizada.

A atividade jurisdicional⁷⁵⁷ atua como “influyente fator pedagógico e o seu grau de responsabilidade cresce na medida em que a sociedade se espelha em seus valores e

⁷⁵⁵ A afirmação se dá no contexto estadunidense, ressalta-se. No Brasil considerando que a educação é um direito constitucional e implica, inclusive, em uma obrigação estatal oferecê-la de forma pública e gratuita a análise desse caso em particular (fechar escolas como uma decisão discricionária do executivo) envolveria uma discussão ainda mais acirrada.

⁷⁵⁶ A jurisprudência norte-americana, nesse sentido, parece sugerir que atos do executivo que se configurem simples atos de resistência, ou seja, *backlash*, não são sustentáveis de um ponto de vista constitucional. Nesse particular, a argumentação da Corte teve em vista que o fechamento das escolas do Condado ocorreu em resposta a uma ordem judicial que exigia acesso igual ao sistema escolar existente, de modo que a ação do Condado era inadmissível.

⁷⁵⁷ A prestação jurisdicional, para Nader, “pressupõe um poder organizado e a trilogia do fato, valor e norma”, o que “influencia pedagogicamente a sociedade” de modo complementar, já que não é função do Judiciário “incutir nas pessoas as normas de organização da sociedade”, mas lhe cabe apresentar à

interpretações”, pois ao apresentar a devida interpretação do Direito para a sociedade “como fenômeno jurídico” essa prestação “consagra o mínimo ético necessário à sociedade”. As orientações irão gerar jurisprudência, desencadear debates sociais e acadêmicos, exercendo assim uma “poderosa influência tanto no meio jurídico quanto na sociedade”. Assim, a construção decisória das Cortes “desempenha função pedagógica, contribuindo para a educação dos indivíduos tanto sob o ponto de vista da conduta ética, quanto da legalidade” (NADER, 1998, p. 39-40).

A função política do STF (e das Cortes Constitucionais) encaixa-se na lógica de adaptação do próprio sistema jurídico para (como um processo inteligente e “vivo”) superar os paradigmas contemporâneos. Ao considerar a necessidade de se tutelar, na Democracia, os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, é preciso pensar nos fenômenos político-culturais que revelam as crises da modernidade e se refletem nos problemas e grandes questões da pós-modernidade. Assim, ao se reconhecer o poder “criador” das Cortes Constitucionais (e, conseqüentemente, do STF), compreende-se a realização dos ideais constitucionais e da teoria dos direitos humanos no plano da realidade. A perspectiva construtivista de um constitucionalismo inclusivo usa a CRFB/88 como elemento que dialoga valores jurídicos e políticos em um exercício hermenêutico de “reequilíbrio” da Democracia substantiva quando se atribui igual dignidade para casais de pessoas do mesmo sexo que, nas instâncias ordinárias, não têm reais possibilidades de mudança de cenário. Para isso as Cortes foram dotadas de legitimidade para *guardianar* a CRFB/88 em face de instabilidades políticas e sociais.

A eficácia pode ser considerada como a força de um determinado ato para que produza efeitos, de modo que uma lei eficaz deve ter força de realização de seus efeitos sociais que motivaram sua elaboração. Essa força só se encontra presente na lei adequada às realidades sociais e de acordo às necessidades do grupo, sob pena de não penetrar e dominar o mundo dos fatos. Assim, a eficácia está diretamente relacionada com “a adequação entre norma e as suas finalidades sociais”, ou seja, tem-se a norma eficaz apenas quando atinge seus objetivos, realiza suas finalidades e alcança seu propósito (o mundo dos fatos) por estar ajustada a eles (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 83). A eficácia da Democracia hoje demanda que grupos minoritários lancem mão de estratégias legítimas para que suas demandas sejam representadas e debatidas. Logo, o reconhecimento da união homoafetiva foi, de modo ambivalente, um movimento

sociedade a interpretação da CRFB/88 que aponte “os princípios éticos e de Direito” (NADER, 1998, p. 44).

estratégico de conquista no âmbito da representação democrática e um exemplo de eficácia do processo jurídico-constitucional de controle como comportamento estratégico da Corte Constitucional.

É possível identificar, portanto, que o Supremo Tribunal Federal recebe na arquitetura política brasileira representatividade indireta em duas dimensões no processo de escolha de seus membros, *primeiramente* por serem indicados pelo(a) presidente da república eleito(a) – recebendo a chancela do Executivo; indicação essa que precisa *posteriormente* passar por aprovação do Parlamento eleito – recebendo a chancela confirmatória do Legislativo. Esse duplo processo torna a falta de participação popular relativizada (mas não equiparada aos outros dois Poderes), o que resolve parcialmente uma das críticas ao monopólio da última palavra nas mãos da Corte Constitucional brasileira (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 130).

Assim, a legitimidade democrática indireta se dá em referência à designação política dos membros da Corte Constitucional que, por serem escolhidos e confirmados por representantes eleitos (respectivamente pelo Executivo e Legislativo) receberiam de modo reflexo a legitimidade necessária. Para Tavares, em concordância com as ponderações de Brito (1995), mesmo o sufrágio universal indiretamente, por intervenção dos eleitos ao designar e aprovar os ministros para o STF, confere um caráter democrático (escolha e confirmação) para a formação do órgão – ainda que seja possível questionar o caráter democrático das decisões produzidas por esse órgão⁷⁵⁸ (TAVARES, 2005, p. 504).

Reconhecer a autoridade democrática das Cortes Constitucionais em positivar o direito de constituir família para pessoas homossexuais (o que reflete tanto no direito ao casamento como de qualquer configuração reconhecida pelo Estado) pode ser estabelecida a partir de “uma combinação de razões procedimentais (*input*) e de razões substantivas (*output*)”. Com isso, se quer dizer que existem tanto “razões que se justificam por que um ator político decide alguma questão por meio de certo procedimento num determinado momento”, como também por “razões que justificam o conteúdo da decisão em si” (MENDES, 2008, p. 45).

Ainda que Direito e Política não se confundam, não se pode negar que aquele é dotado de função política. A partir disso, é válido destacar a correlação entre esta e

⁷⁵⁸ Como se pondera na presente tese, a legitimidade democrática da decisão passa pelo crivo de filtros constitucionais e procedimentais. A decisão que reconhece a união homoafetiva positivando-a no direito brasileiro é, por exemplo, uma das decisões que não admitem razoavelmente *backlashes* democrática e constitucionalmente legitimados.

aquele, a qual, para Barroso, envolve compreender que: (i) o Direito é criado como um produto da “vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis”; (ii) a aplicação do Direito “não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos”; (iii) juízes possuem memória e desejos, possuindo inconsciente próprio e ideologia – o que torna os juízos de valor formulados com alguma interferência de sua subjetividade (BARROSO, 2012, p. 29).

O cuidado, portanto, está em reconhecer uma legitimidade argumentativa da positivação de direitos por meio do controle de constitucionalidade em uma perspectiva democrática (que possa receber a blindagem do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais) que não seja maculada por uma mera “discrecionabilidade” dos julgadores, mas que seja fruto de uma hermenêutica constitucional que confira coerência e integridade ao sistema democrático-constitucional.

No que se refere ao risco de *Backlash* e à impropriedade de decisões morais serem emanadas das Cortes Constitucionais, Israel (2014), com base no minimalismo de Cass Sunstein (1993) e Mark Tushnet (1999), aponta que “embora as decisões judiciais tendam a orientar os demais atores políticos e sociais, elas, dificilmente, irão pôr fim a grandes controvérsias morais existentes na sociedade, em especial quando fundadas no preconceito difuso” (ISRAEL, 2014, p. 61).

Israel (2014, p. 61) usa como argumento o fato de que as “decisões judiciais, ainda que sejam importantes para fomentar a deliberação democrática nas instituições eleitas, isoladamente, elas não mudam uma sociedade”. Posto que a premissa seja verdadeira, o autor sustenta seu argumento alegando que “[n]o contexto norte-americano, a despeito de *Brown v. Board of Education*, em vários estados do sul, a segregação racial nas escolas ainda persistiu por mais de dez anos.”. Assim, o autor afirma que no constitucionalismo brasileiro “pode-se dizer que mesmo ocorre no tocante às uniões homoafetivas. A despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal, o preconceito ainda persiste e o tema provoca grandes controvérsias na sociedade brasileira” (ISRAEL, 2014, p. 61).

Se esse argumento é, de fato, válido, ou seja, que uma decisão não é boa ou justa ou necessária por seus efeitos demandarem tempo, se torna forçoso reconhecer que então, o Parlamento ou mesmo a Constituinte não tem legitimidade democrática para resolver desacordos morais. Observe-se que o Brasil já conta com uma lei (ou seja, fruto do Parlamento) contra o racismo desde 1989 (vide a Lei n. 7.716, de 05 de JANEIRO de

1989) e se registra a existência desde 2003, com a alteração do Código Penal, a figuração no Artigo 140, do § 3º, do Decreto Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Registra-se Artigo 4, VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo e Artigo 5º XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, ambos presentes na CRFB/88. Todavia, a despeito de termos essas “decisões normativas” e “constitucionais” o racismo continua na sociedade. Observa-se que há uma exigência que as Cortes resolvam demandas que se apresentam como parte de um fenômeno ainda em processamento.

10.3. Supremacia Constitucional, dignidade humana e vedação ao retrocesso de direitos

A necessidade de adaptação do sistema democrático está exemplificada no caso da união homoafetiva e a complicada questão dentro da lógica dos freios e contrapesos especialmente iluminados à luz do Direito Constitucional. Como destacou Maria Berenice Dias sobre o tema, anos antes do reconhecimento por parte do STF, a “família” recebeu especial atenção e proteção da CRFB/88, reconhecendo-a fora da celebração do casamento (na união estável) e em arranjos diferenciados, como a família monoparental. A família passou (social e culturalmente) a ser vista para além das relações e dos vínculos sexuais entre um homem e uma mulher, para aceitar outros formatos. Se estiverem presentes “os requisitos da vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características”. As mudanças da (e na) sociedade (da mentalidade, da secularização do conceito de moralidade etc.) acontecem apartadas da lei, mas não deve sê-lo da Justiça, o que determina que o Judiciário abandone posturas preconceituosas ou discriminatórias (geradoras dessas de grandes injustiças) e, “até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas – como já fez a maioria dos países do mundo civilizado”, resta ao Judiciário conferir visibilidade e segurança, sendo essa “a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade” (DIAS, 2006, p. 71-99).

É necessário, nesse sentido, considerar que o tema em específico do reconhecimento da união homoafetiva (objeto central da presente tese) sob o ponto de vista da legitimidade democrática, que enseja sua tutela pelo princípio da vedação ao

retrocesso de direitos fundamentais, envolve também perceber o binômio “inércia do legislador” e “judicialização da política” como colocado por Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2013).

Bahia e Iotti Vecchiatti destacam que, apenas diante da “insensibilidade do Legislador em receber os *inputs* da periferia (minorias) e/ou de, uma vez recebidos, transformá-los em leis/políticas (*outputs*)”, se tornam legitimamente possíveis as decisões judiciais de cunho político. Diante disso, Bahia e Iotti Vecchiatti destacam que a atuação decisiva do STF diante dessas situações está possibilitada pelo regime constitucional (visto que o Legislativo não ofertou soluções para essas minorias) no que tange ao reconhecimento de direitos fundamentais (2013, p. 66).

A partir da construção do Estado Constitucional de Direito, estabeleceu-se a *primazia da Constituição*⁷⁵⁹ como um postulado da soberania popular, no sentido que a vontade majoritária atual fica submetida e limitada ao disposto na norma constitucional erigida pela força da soberania popular permanente⁷⁶⁰ (titular do poder constituinte originário). O Tribunal Constitucional recebe a função de representante da soberania popular permanente que está “encarnada” na Constituição, sendo sua função, como representante, promover e proteger a Constituição. O poder constituinte que funda o Estado confere essa função ao Tribunal Constitucional, se estabelecendo como um guardião dessa vontade primordial. A soberania popular estabeleceu o Tribunal Constitucional com o caráter de órgão estatal, oficial e formal, o que lhe confere legitimidade inicial (ou seja, *a priori*, por *input*) incontestável, pois é fruto da vontade soberana fundadora do Estado de uma sociedade que atribuiu ao Tribunal seu formato e suas atividades/funções ao expressar essa vontade na Constituição. É o poder constituinte originário que confere poderes ao Estado, logo também o confere aos

⁷⁵⁹ À luz dessa soberania, que é permanente (como um escudo de segurança em face de maiorias eventuais) os direitos humano-fundamentais são “mecanismos contramajoritários”, são “meios de defesa” usados por minorias e grupos vulneráveis em face de abusos de maiorias legislativas. Ainda que não se afaste o entendimento que a Democracia é um “sistema operativamente regulado pela regra da maioria, como expressão da soberania popular”, é também um sistema atualmente indissociável da “preservação das minorias” e grupos vulneráveis. Logo, direitos fundamentais e Democracia “não se opõe, mas se pressupõe e complementam reciprocamente” (DOBROWOLSKI, 2007, p. 200). O uso dos direitos humano-fundamentais como conquistas jurídico-políticas deve se dar de forma estratégica (em litígios judiciais, principalmente, mas também no âmbito das lutas político-sociais) para preservação de uma estabilidade democrática que não se restrinja ao âmbito formal. Nesse aspecto, a valorização da função democrática (e política) das Cortes Constitucionais é inafastável.

⁷⁶⁰ A “soberania popular permanente” é o poder soberano exercido no ato fundacional do Estado, é o poder soberano constituinte. Esse poder é considerado “permanente”, razão de sua força política e jurídica, vinculando a existência do Estado e impondo limitações posteriores, que pode ser, em alguma medida, tomado como um exercício de responsabilidade intergeracional, pois tutela direitos e valores no tempo.

Poderes constituídos (Executivo, Legislativo, Judiciário) e, por isso, todos são democráticos por procederem do mesmo ato de soberania popular quando aprovaram uma ordem constitucional específica (TAVARES, 2005, p. 498-499)⁷⁶¹.

A *realização constitucional*, em uma postura intermediária (como proposto por Ely e Hübner Mendes), portanto, é uma missão do Estado. As teorias que fundamentaram a construção do Estado Democrático de Direito, que inicialmente se originou dentro de uma teoria de Estado Liberal, permite legitimar a atuação do Poder Judiciário diante dos paradigmas contemporâneos. Locke, em *Do Espíritos das Leis*, prevê a figura da “prerrogativa” como um quarto poder estatal, cujo titular é o príncipe. Assim, considerando que o Estado ou, numa dimensão jurídica, a Constituição, assume a posição da figura política do príncipe, é válido dizer que a “prerrogativa” se distribui entre os três poderes restantes, o que inclui o Judiciário, que tem como atribuição “promover o bem comum onde a lei for omissa ou lacunosa”⁷⁶².

É possível destacar que o uso de razões morais não se dá apartado de outras regras jurídicas as quais, como observado, são reconhecidas pela comunidade jurídica⁷⁶³. Dito de outra forma, as razões morais são *traduzidas* nos instrumentos e elementos do sistema jurídico. Analisando, sobretudo, o reconhecimento da união homoafetiva e a positivação do direito de constituir família sem qualquer natureza discriminatória quanto a orientação afetivo-sexual, o STF positivou um direito humano-fundamental o fazendo amparado por valores, princípios e regras positivadas na legislação constitucional e infraconstitucional.

⁷⁶¹ Se for lícito considerar a legitimidade de um Estado Constitucional (como teoria aceita), sua configuração é pressuposto de legitimidade da existência e da atuação de um Tribunal Constitucional. Por consequência, se há receios quanto ao viés democrático da Corte Constitucional “seria de indagar se esse ideal constitucionalista não estaria em colisão com a democracia”. O Estado Constitucional implica limitação de seu próprio poder e na existência de um órgão que, de forma neutra, atue como curador, ou seja, um dos guardiões da Constituição (TAVARES, 2005, p. 493). Ingo Sarlet é categórico quando destaca que o papel da jurisdição constitucional é (para além do controle de proteção das pessoas contra abusos estatais) também o de atuar positivamente de modo a atribuir maior eficácia às normas que versem sobre direitos fundamentais e, para tanto, faz uso da interpretação e da integração. Sarlet, nesse sentido, destaca que não se trata de uma *faculdade*, mas de um *dever*, que magistrados atuem (por meio da interpretação e da integração da lei) à luz dos preceitos fundamentais constitucionais (2012, p. 351).

⁷⁶² Esse entendimento está presente na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010) quando afirma, em seu Art. 4º, que “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e, no Art. 5º, que “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁷⁶³ A regra de reconhecimento ao incorporar, junto a outros critérios, algum princípio moral transforma determinada fonte social (com caráter moral) em condição de legalidade naquele sistema jurídico. Nesse sentido, “a regra de reconhecimento, como regra convencional” atua adotando “determinadas razões morais como critérios de reconhecimento e validação de outras regras jurídicas aceitas pelos indivíduos de uma comunidade” (DUARTE; POZZOLO, 2008, p. 49).

É possível extrair, especificamente dentro da discussão sobre o reconhecimento da união homoafetiva na jurisdição constitucional brasileira, que o Poder Legislativo se mostrou inerte sobre o tratamento adequado da união entre pessoas do mesmo sexo e sua natureza de entidade familiar, fortemente “influenciado pelos valores e sentimentos que prevalecem na sociedade brasileira” – o que demanda do Judiciário que atue na proteção e defesa daqueles que são vítimas de preconceito e discriminação. A Corte brasileira, nessa decisão, ressaltou que a regra majoritária (ainda que desempenhe um papel importante no processo decisório) não pode legitimar “na perspectiva de uma concepção material da [D]emocracia [C]onstitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais”, pois “haveria descaracterização da própria essência” do Estado Democrático de Direito (SILVA, 2018, p. 73).

Constitui-se uma crítica legítima a afirmação de que, desde o preâmbulo⁷⁶⁴, a CRFB/88 traça diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, no sentido que se afirma ter a Assembleia Nacional Constituinte estabelecido um Estado Democrático de Direito que está “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” (BREGA FILHO, 2002, p. 85). A CRFB/88 determina, em seu texto, limitações aos próprios poderes constituídos, situação que incorre, com o respaldo teórico e cultural do constitucionalismo democrático, em uma relativização da separação dos poderes⁷⁶⁵. Essa relativização e mútua interferência é manifesta no controle de constitucionalidade realizado pelo STF.

O sistema jurídico brasileiro e os poderes públicos estão diretamente vinculados à *supremacia* e a *força normativa* da Constituição e, nas ocasiões em que atos normativos não estejam em consonância com o texto constitucional, passa a ser um dever que os demais poderes se insurjam contra tais atos, pois a violação ao texto constitucional é fundamento para a assunção dessa postura protagonista (PINTO; BREGA FILHO, 2014, p. 519). Nesse sentido, ainda que demande uma análise “mais sofisticada”, Barroso defende a existência de uma justificação filosófica tanto para a jurisdição constitucional quanto para a atuação do Judiciário nas instituições. Considerando que o Estado Constitucional Democrático é oriundo de ideias que se

⁷⁶⁴ Cujá existência deve ser reconhecida como norma jurídica e como linha mestra interpretativa indicando o texto constitucional deve ser lido dentro de determinados valores e por consequência o sistema constitucional.

⁷⁶⁵ A discussão quanto a essa relativização se faz no Capítulo II da Parte I ao desenvolver uma reflexão sobre a teoria da separação os poderes. Há uma referência ao protagonismo do Judiciário no reconhecimento da família homoafetiva no Capítulo VII da Parte II e também no Capítulo IX da Parte III da tese.

relacionam, mas não se confundem, o (i) constitucionalismo implica na limitação do poder estatal e no respeito aos direitos fundamentais; o (ii) Estado de Direito representa a expressão da razão; e (iii) Democracia representa a “soberania popular, o governo do povo”, ou seja, um poder fundado na vontade majoritária⁷⁶⁶.

A interação entre Democracia e constitucionalismo pode gerar “situação de tensão e de conflitos aparentes”⁷⁶⁷, o que demanda da CRFB/88 um duplo papel: (i) o estabelecimento de regras do jogo democrático, que assegure ampla participação política, alternância de poder e o governo da maioria – sem esquecer que democracia não se resume ao princípio majoritário; (ii) proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que em face da vontade majoritária circunstancial (BARROSO, 2012, p. 28).

O papel/função do STF, como intérprete final da CRFB/88⁷⁶⁸, implica velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, fazendo da arena judicial um fórum de princípios e da razão pública. Isso torna a jurisdição constitucional, quando exercida de modo adequado, “antes uma garantia para democracia do que um risco”. Assim, não se trata de suprimir o Legislativo, a política ou o governo da maioria, mas sim de destacar a importância da CRFB/88 (e do Judiciário, principalmente do STF, como seu intérprete maior). Com isso, o STF deve atuar com deferência às deliberações do Parlamento sempre que a preservação da Democracia e dos direitos fundamentais não estiver em risco. Logo, juízes e tribunais atuam com legitimidade democrática quando suas decisões espelharem um fundamento racional baseado na CRFB/88 (BARROSO, 2012, p. 28-29).

A hermenêutica constitucional, nesse caso (que permitiu, por assim dizer, o reconhecimento ao direito de constituir família livremente e sem qualquer discriminação para pessoas homossexuais), sustentou-se nos princípios do efeito integrador (integrativa ou de integração), visto ter priorizado uma interpretação promotora de unificação (social e política) no sentido de estar orientada a uma visão coletiva⁷⁶⁹, e não

⁷⁶⁶ Ideia que deve ser considerada a partir de sua dimensão constituinte originária e não apenas de uma maioria eventual, circunstancial e manipulável.

⁷⁶⁷ Como colocado por Barroso, trata-se de uma interação aparentemente conflituosa “entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governos da maioria” (2012, p. 28). Essa tensão pode ser produtiva sob a perspectiva que alimenta as interações entre sistemas político e jurídico para que estes se adaptem à essas novas demandas.

⁷⁶⁸ Em uma lógica de ciclo/rodada de debates constitucionais.

⁷⁶⁹ A visão coletiva, nesse sentido, quer significar que a preocupação deve ser a de buscar o que é melhor para todos, ainda que não seja essa a vontade da maioria. O reconhecimento dos direitos de minorias e especificamente o direito de que casais homossexuais tivessem sua dignidade individual respeitada, bem como o reconhecimento da dignidade de suas uniões (considerando a família como uma parte natural e culturalmente presente na vida do indivíduo em sociedade)

majoritária. Uma hermenêutica adequada às tensões sócio-políticas contemporâneas atua no sentido de tornar a Constituição efetiva a partir de seus princípios fundamentais (que são, ao mesmo tempo jurídicos e políticos). Não se percebe no precedente construído a existência de riscos de imprevisibilidades⁷⁷⁰.

Cabe acrescentar que é identificável o *princípio da máxima efetividade* (também conhecido como princípio da eficiência ou da interpretação efetiva) como determinação para uma interpretação à norma constitucional que se lhe atribua a maior efetividade possível. É possível afirmar que essa concepção se liga às origens das normas programáticas constitucionais sendo, por essa razão, argumento recorrente na defesa dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2006, p. 162-163).

Além disso, os direitos individuais (espécie de direitos fundamentais) podem ser tanto expressos quanto implícitos no texto constitucional, como também decorrentes do regime jurídico e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil (BREGA FILHO, 2002, p. 77-78).

A alegada impossibilidade jurídica da união homoafetiva com respaldo no Artigo 226, §3º e Artigo 4º da CRFB/88 é um clássico exemplo de justificativa falaciosa, pois sustenta que uma norma jurídica discriminante (discriminatória) poderia ter uma validade preservada, mesmo que colidisse com algum valor ético-social acolhido pelo sistema constitucional como se essa norma discriminante tivesse amparada por direitos fundamentais. No que se refere à união homoafetiva, é mister a ponderação “por meio do princípio hermenêutico da precedência condicionada” e, em razão disso, afastar a incidência das normas discriminantes “para aplicar, não obstante, os direitos fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, artigo 3, IV e caput do artigo 5º da CF)” (ALVES, 2009, p. 59-60).

Tavares destaca a existência de uma *legitimidade democrática superior*, que é a Constituição, que resulta de uma maioria oriunda de um caminhar histórico, e uma

⁷⁷⁰ Aqui cabe alertar que existem posicionamentos da doutrina e de teóricos do Direito Constitucional e do comportamento judicial que associam a postura protagonista e inclusiva do STF pelo precedente do reconhecimento da união homoafetiva, com outras situações díspares e que, em nenhum aspecto lógico racional, se comportam como possível vínculo de precedente que resultaram em decisões polêmicas posteriores do STF (a saber: a discussão da possibilidade de prisão com condenação em segunda instância. Não se farão aprofundamentos quanto a isso, mas comparações entre ambas as decisões como se se tratasse de um precedente (a união homoafetiva) para o ativismo da prisão com condenação em segunda instância é um artifício argumentativo desonesto e falacioso. No primeiro a corte ampliou direitos fundamentais, incluiu uma minoria social e juridicamente excluída do rol de relacionamentos reconhecidos pelo Estado e realizou uma reparação histórica. No outro caso, houve relativização do princípio de presunção de inocência, restringiu-se direitos, promoveu-se uma interpretação em face de dispositivos expressos. Logo, qualquer comparação é aprioristicamente errônea.

legitimidade democrática inferior (que é o Legislativo ordinário escolhido por uma maioria conjuntural) àquela submetida (TAVARES, 2005). A legitimidade democrática superior, e que nos termos assinalados elegeu os direitos fundamentais como cláusulas pétreas no teor constitucional se sobrepõe ao Legislador ordinário, mesmo quando da proposição de Emendas Constitucionais e mesmo a vontade popular episódico. Em ambos os casos os *backlashes* em face do direito positivado careceria, em contrapartida, de legitimidade democrática ainda que se revestisse de manifestações populares como um ato político.

Em igual sentido, Giorgis afirma que a confirmação para que o direito de casais homossexuais pudesse ser reconhecido se encontra, precipuamente, no próprio texto constitucional da CRFB/88⁷⁷¹. O autor destaca que o Estado Democrático de Direito aponta (como seu valor fundante) o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Além disso, apoiando-se na doutrina de Luiz Edson Fachin, Giorgis firma a existência de que se formou constitucionalmente uma *base jurídica para a construção do direito à orientação afetivo-sexual como direito personalíssimo*. A orientação afetivo-sexual é, desse modo, um “atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (GIORGIS, 2001, p. 21).

Então, não se pode olvidar que a CRFB/88 “traz essa possibilidade como norma descrita no artigo 5º, § 2º, reconhecendo a existência de um catálogo aberto de direitos materialmente fundamentais” (COSTA; STRAPAZZON, 2014, p. 26). Propõe-se, nesse aspecto, “um aprimoramento dos meios jurídicos para o melhor alcance do cidadão, para que este possa usufruir de uma dignidade de vida” que para isso deve possuir “liberdade para formar sua família de acordo com os laços afetivos que o impelem”. Considerando que a família sempre constituirá a base de um indivíduo e sua relação com a sociedade, é preciso acreditar que elas (as famílias e arranjos familiares) possuem virtudes e valores maiores transmitindo-os aos seus membros (como respeito mútuo, amor, felicidade, entre outros) “e só o próprio indivíduo pode decidir em qual estrutura familiar ele poderá” alcançar seus objetivos de vida. A sociedade transformou-se no

⁷⁷¹ Interessante observar que o autor aborda esses fundamentos uma década antes do reconhecimento da união homoafetiva pelo STF.

decorrer do tempo, partindo de um modelo patriarcal para um formato de família que é uma “entidade plúrima repleta de diferentes facetas” (GUTIERREZ *et al.*, 2011, p.179).

Assim, a *superioridade jurídica* (mas não apenas jurídica) da *Constituição* conduz à interpretação de todos os atos normativos, como um pressuposto, dentro de um dado sistema jurídico de modo que, por “força da supremacia constitucional” qualquer manifestação de vontade deve ser com ela compatível para que exista validamente (BARROSO, 2008, p. 161).

A *supremacia constitucional* está fortemente marcada pelo forte valor dos princípios explícitos ou implícitos que se apresentam como fundamentos de determinação da intencionalidade normativa, determinando o “espírito do sistema jurídico”. A supremacia constitucional se legitima em seus princípios “transpositivos ou suprapositivos”⁷⁷² e, independentemente de serem positivados ou não, “são pressupostos fundamentais do sistema, e, por isso, a decisão jurídica quando tiver de assimilar, por adequação ou por correção, deve operar a assimilação em conformidade com os princípios”. Os princípios e os valores normativos (ao contrário das leis que “podem permanecer inalteradas em seus textos e suas descrições semânticas”) são dinâmicos, mudando “junto com a sociedade, possibilitando, assim, que haja uma atualização do sentido das normas positivadas” (ROCHA; BAHIA, 2020, p. 297). Desses princípios a dignidade da pessoa humana⁷⁷³ recebe centralidade da atenção das presentes análises por fortalecer a visão substancial da democracia brasileira, assumindo-se, assim, uma leitura da Democracia constitucional inclusiva das minorias⁷⁷⁴.

Diante da “possibilidade de a ordem jurídica brasileira albergar novos direitos fundamentais, principalmente em razão do seu conteúdo material estritamente ligado à maximização da dignidade da pessoa humana” diante do que “a inclusão social apresenta-se como um reclame social axiologicamente denso, apto a fazer a ordem

⁷⁷² Rocha e Bahia, com base Neves (2003), em esclarecem que “Os princípios transpositivos são os que estruturam e organizam a ordem jurídica positiva, sendo eles transcendentais à ordem jurídica positiva, estando além do direito positivo. Já os princípios suprapositivos são os que se encontram acima dos princípios positivos, são os que definem os elementos e categorias do sentido último do direito (NEVES, 2003).

⁷⁷³ Ingo Wolfgang Sarlet destaca que todas as dimensões de direitos humano-fundamentais devem ser consideradas para o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, visto ser um valor e princípio normativo fundamental que atrai para si todos os direitos, sob pena de negar-se a dignidade quando não se reconhecerem os direitos inerentes da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 94).

⁷⁷⁴ Considerando, como feito por Vladimir Brega Filho, que “o princípio da dignidade humana é o princípio que dá unidade a todo o texto constitucional” e que este princípio está na base de todos os direitos que foram consagrados na CRFB/88 (2002, p. 74) as análises correntes no presente capítulo tendem a evocar direta e indiretamente esse princípio, sob pena de ferir a integridade, a coerência e a integralidade da norma constitucional como um projeto político, jurídico e democrático.

constitucional incorporá-lo sob a forma de direito fundamental, em razão do artigo 5º, § 2º da Constituição”⁷⁷⁵ (LIMA, 2011, p. 48).

Ingo W. Sarlet considera que “Constituição” (como dotada de parte orgânica ou organizatória por meio dos princípios estruturais e organizacionais), “dignidade da pessoa humana” e “direitos fundamentais” (dotados de conteúdo axiológico, por serem resultados de personalização e positivação constitucional de um conjunto de valores básicos) são conceitos complementares, integrando-se. O núcleo essencial da Constituição apresenta vinculações de cunho material para que, especialmente dentro de um Estado Constitucional Democrático, possa “fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” como ordem normativa necessária (SARLET, 2012, p. 70).

Tais considerações se mostram particularmente relevantes no aspecto das transformações conceituais (e sociais, especialmente) da família. Quando o olhar se volta para as famílias formadas por pessoas de mesmo sexo, não há como negar que se trata de um fato social, bem como é uma realidade social que não deixa de existir apenas por não haver previsão legal expressa e, por imperativo constitucional, precisa ser regulamentada⁷⁷⁶. O casamento, ainda que no Ocidente esteja inegavelmente atrelado à uma concepção inicial religiosa é, de modo igualmente incontestável, dotado de relevância secular e estatal, ensejadora de direitos e obrigações e reflexos patrimoniais, sucessórios entre outros.

O casamento é um fato social; em diversas leituras, também é um direito. Desse fato social, dessa instituição, desse contrato ou dessa entidade social, emanam direitos e, a partir dele (e de forma equiparada com a união estável) constitui-se um núcleo essencial, a célula básica da sociedade ocidental (e com uma realidade independente de dimensões religiosas propriamente ditas). Dessa forma, discriminação ou preconceito, arraigados por força de uma interpretação fundamentalista judaico-cristã não podem, em absoluto, legitimar que casais de pessoas do mesmo sexo sejam privados de gozar e

⁷⁷⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁷⁷⁶ Destaca-se que o recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais conhecido como Censo Demográfico, apenas começou a contabilizar a população residente com cônjuges do mesmo sexo no ano de 2010 (o que aponta mais uma vez para o reconhecimento desse fato social pelo Executivo antes do reconhecimento por parte do STF). O Censo (publicado em 2011) revelou que o Brasil tinha mais de 60 mil casais homossexuais (LAURIANO; DUARTE, 2011). É possível pensar ainda na existência de um número potencialmente maior, já que há o risco de não informação por parte de alguns casais por receio de preconceito ou discriminação.

constituir esse tipo de relação e vínculo reconhecido pelo Estado e entidade com reflexos jurídicos relevantes.

É possível extrair das lições de Ana Paula de Barcellos que o Estado deve ofertar um “mínimo existencial que deve preceder o princípio da dignidade da pessoa humana”, não podendo o Estado negar esse núcleo básico de direitos que compõe elementos materiais (como prestações mínimas que poderiam, em sua ausência, privar o indivíduo de sua dignidade) e elementos formais (BARCELLOS, 2001, p. 304).

O alcance das prestações legislativas pode ser diferente ao prever os “direitos fundamentais, civis, políticos ou sociais”, o que pode comprometer a forma como a eficácia desse direito será aplicada ou pressuposta. Logo, o grau de regulação (se maior ou menor) de um determinado direito pode proporcionalmente “reforçar ou debilitar as possibilidades de exigibilidade judicial dos direitos em questão”, o que, entretanto, não impede que tais direitos gozem de um conteúdo mínimo o qual se encontre “indisponível aos poderes de turno e suscetível, por isso mesmo, de algum tipo de tutela jurisdicional, mesmo à falta de regulação legislativa” (SCHWARTZ, 2016, p. 281).

É possível extrair das reflexões de Barzotto que existem consequências normativas quando há dificuldade “em considerar o ser humano diante de si como pessoa”, especialmente pela titularidade de ser “humano” independente de pertencimento à um “grupo, nação ou Estado” e não é uma parte dessas dimensões, de modo que o ser humano “não pode ser sacrificado em nome do todo ou da maioria”, como defendido em leituras teórico-filosóficas utilitaristas pois a pessoa humana é um todo por si só. As relações humanas, por envolverem as inter-relações entre pessoas, ou seja, um ser com outro ser (e, ambos, seres inteiros, autofinalizados e titulares de dignidade), demandam a exigência de reciprocidade de modo que não se pode reduzir a pessoa como “meio para fins externos a si” (BARZOTTO, 2010, p. 50).

Como destacado por Jairo Néia Lima, o conjunto protetivo dos direitos relacionados às necessidades essenciais da sociedade (por serem dotadas de importância e incorporadas ao patrimônio jurídico dos indivíduos, destacadamente por meio da positivação em textos legais) “sempre está aberto em face das ameaças que se renovam de tempos em tempos”. As necessidades sociais estão em constante crescimento como resultado de uma “pulverização das formas de violação à dignidade humana”, o que faz com que a tutela dos direitos fundamentais e da dignidade humana demandem proteção jurídica (LIMA, 2011, p. 10-11).

Segundo Jairo Néia Lima, restringir os direitos materiais da pessoa humana é “uma das formas mais graves de exclusão”, por implicar o aniquilamento dos fundamentos democráticos de um Estado de Direito (o que se vislumbra sem dificuldades ao observar a realidade brasileira), ferindo a dignidade humana por transformar “o indivíduo em objeto de marginalização, numa lógica de convencimento de que seu lugar é a margem”. Ainda que a preocupação do autor seja, especialmente, com os direitos sociais prestacionar, sua reflexão em alguma medida pode contribuir com as reflexões da presente tese, pois o Jairo Lima pontua que é preciso pensar o problema da exclusão sob o ponto de vista da realidade nacional que teve seu desenvolvimento tardio, o que reflete em um maior desafio para o processo de inclusão social tornando-o ainda mais complexo. O Brasil, segundo o autor, possui camadas sociais que não conquistaram condições mínimas de dignidade e que são incapazes de se constituírem como “sujeitos da própria história”, o que faz com que o Direito deva agir diante dessa negação de cidadania (LIMA, 2011, p. 29-30).

As populações LGBTQ+, construindo uma reflexão paralela, também estão em uma dimensão de exclusão que os impede de serem sujeitos de suas próprias histórias, pois não são abarcados pelas malhas legislativas, o Direito (que não se limita, em absoluto, à lei) não pode ficar omissos quanto a essa exclusão⁷⁷⁷.

Acrescente-se que o reconhecimento e eficácia (sobretudo, a eficácia direta) dos direitos fundamentais não “asfixiaria” as liberdades ou mesmo eliminaria a autonomia privada, mas resguarda esses direitos fundamentais (e por óbvio a pessoa humana que os *titulariza*) de violações que se fariam possível no âmbito das relações entre particulares⁷⁷⁸. Além disso, é preciso considerar que a presença dos direitos

⁷⁷⁷ Essa correlação de ideias parece amparada pelas próprias reflexões do autor que em nota destaca que a “pluridimensionalidade da exclusão possibilita sua análise por meio de diversas perspectivas”, sendo possível ir além da limitação material, como única ou primeira concepção de exclusão, para compreender essa questão na abordagem da “negação da condição de sujeito histórico e transformador aos indivíduos” – recorte esse que favorece as análises das exclusões jurídicas (e em alguma dimensão das teorias democráticas) das pessoas LGBTQ+ e o seu livre exercício de constituição familiar em situação de igualdade com os casais heterossexuais. Lima, apoiando-se nas reflexões de Bader Sawaia (2007), também destaca a possibilidade de análise do sofrimento ético-político como uma das categorias de exclusão o que permite considerar o “sofrimento e a felicidade” como elementos possíveis de conceber essa proposta teórica. Falar de exclusão, a partir dessas premissas, implica falar de “desejo, temporalidade e de afetividade” sem que isso afaste as perspectivas de poder, economia e direitos, pois a relação com o social do sujeito (que engloba relações de trabalho ou de família, por exemplo) é um aspecto central das reflexões de exclusão do sujeito (o que permite olhar o indivíduo e o coletivo). Essa abordagem é relevante por considerar que o sofrimento (e emoções resultantes) infringido pela sociedade e pelo Estado gera uma responsabilidade de ambos sobre os indivíduos para que seja possível a superação do sofrimento e exclusão (LIMA, 2011, p. 29).

⁷⁷⁸ Essa proteção poderia se dar em face do exercício da autonomia privada nas relações entre particulares, por exemplo, a liberdade de estipulação contratual (com quem negociar, quais fins perseguir

fundamentais (e seus conflitos) nas relações privadas nem sempre envolve a autonomia privada como um aspecto necessário (LIMA, 2011, p. 116).

Segundo Jairo Néia Lima (2011), a própria compreensão da autonomia privada, a partir de uma concepção ampliada, permite ler esse princípio/valor “como a capacidade de autodeterminação do sujeito de direito, o poder de fazer escolhas de acordo com sua vontade própria, sendo um consectário da liberdade humana”. Lima (2011) relaciona essa concepção com a ideia *kantiana* de “legislador de si próprio”, ao que reforça com as lições de Paulo Mota Pinto (2006), para quem a autonomia privada envolve o poder do indivíduo de fazer suas próprias escolhas e diferenciações. Segundo essa premissa, o indivíduo faz suas escolhas e diferenciações a partir de seu livre arbítrio e não segundo critérios objetivos⁷⁷⁹, o que permite inferir que a autonomia privada protege os projetos de vida pessoal de cada indivíduo.

Lima reforça sua argumentação com base em Pietro Perlingieri (2002), para quem a autonomia privada deve ser interpretada além da liberdade negocial, já que a ideia de autonomia/liberdade alcançaria as escolhas existenciais da pessoa – com isso, significando situações subjetivas não-patrimoniais como as relativas à vida familiar (o que inclui o casamento) e as relativas à participação social (associações, atividades políticas etc.), as quais interessam para os presentes exames (LIMA, 2011, p. 116). A autonomia privada, tão preciosa nas análises liberais, legitima o direito das pessoas, independentemente de sua orientação afetivo-sexual, a formar família sem intervenção Estatal (como se daria, por exemplo, no *backlash* legislativo revogando o direito à união entre pessoas do mesmo sexo ou limitando o conceito de família).

Lima e Cambi, notadamente, amparados por Daniel Sarmento (2006) destacam que a CRFB/88 inova de forma mais destacada com o princípio da dignidade da pessoa humana que ocupa uma função de fundamento unificador do sistema jurídico como um todo, representando um epicentro axiológico da ordem constitucional de modo que seus efeitos se irradiam e balizam o ordenamento jurídico de modo a vincular os atos estatais

e a maneira de buscá-los) que possam ser revestidos de discriminação. O sistema constitucional – e, portanto, jurídico-político – brasileiro não respalda que um contratante abuse de seu direito de contratar, impondo limitações ou obrigações ilegais (por exemplo, com base em discriminação racial, religiosa, por orientação afetivo-sexual, gênero ou similares). O mesmo pode se pensar quanto a um prestador de serviço (lojista, por exemplo) que se recuse a atender um consumidor negro ou um cliente nordestino ou refugiado.

⁷⁷⁹ Esses critérios objetivos seriam, por exemplo, o de conveniência econômica, de razoabilidade, de igualdade social etc. Acrescentar que essa “liberdade” de autodeterminação permite, inclusive, que no debate público o indivíduo se legitime em decidir segundo seus interesses e não aspectos “objetivos” e justos.

e toda a miríade de relações (públicas ou privadas) presentes na sociedade civil. Não sem razão, Lima e Cambi destacam que a concepção construída a partir da CRFB/88, ao conferir destaque e atenção para o princípio da dignidade humana, a própria Constituição “passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central”. A efetivação das conquistas constantes na Constituição se configura como um trabalho árduo e de realização de uma sociedade mais justa e equânime, como um processo contínuo da vinda dessa nova ordem constitucional, movimento que permite alcançar a “verdadeira maturidade constitucional” (LIMA; CAMBI, 2011, p. 464-465).

É necessário, antes de concluir as reflexões do presente capítulo, considerar um pouco mais a *vedação do retrocesso* como limite do poder constituinte reformador, especialmente pela relevância da reflexão quanto à legitimidade e limites do fenômeno de *backlash* no contexto jurídico-político da democracia constitucional brasileira. Considerando a previsão contida do Artigo 60, § 4º, incisos do I ao IV, da CRFB/88, observa-se um reconhecimento jurídico-político (lembrando que a Constituição é um documento jurídico político) da escolha por parte do poder constituinte originário para que se tutelasse um núcleo fundamental no ordenamento jurídico contra tentativas de sua revogação. O estabelecimento de limites de reforma é, portanto, uma clara dimensão da vedação ao retrocesso impondo restrições aos poderes constituídos⁷⁸⁰.

⁷⁸⁰ É preciso destacar, todavia, que parte da doutrina busca afirmar que os direitos fundamentais (ainda que sejam reconhecidos como um núcleo essencial e recebam o título de *cláusulas pétreas*) não podem ser limite para o *poder constituinte originário*, de modo que não há compromisso com a ordem jurídica anterior. É o caso de autores como Zulmar Fachin. Para fins de reflexão da presente tese, entende-se que se trata de um posicionamento quase majoritário, ainda que não uníssono e isso é considerado para as reflexões que ora se apresentam – a tese pensa a realidade jurídico-constitucional brasileira sob a égide da CRFB/88. Todavia, divergindo do posicionamento majoritário, é preciso pensar que a progressividade dos direitos humano-fundamentais não é um compromisso com uma Constituição específica, mas um compromisso político-jurídico internacional de uma dada comunidade com a Sociedade Internacional. Além disso, não se pode negar que existem valores históricos, sociais, culturais e políticos mesmos que não evanescem no ato de refundação de um Estado e estabelecimento de uma (nova) Constituição. A vedação ao retrocesso (conhecida como *effet cliquet*) recebe na doutrina francesa sua validade como princípio aplicável para proteger os direitos de liberdade (ou seja, não apenas direitos sociais). Esse entendimento está consolidado na jurisprudência do *Conselho Constitucional* que reconhece ser impossível a revogação de uma lei (ou norma) que proteja liberdades fundamentais sem que se apresente outra lei com garantias de eficácia equivalente (MENDES, 2009, p. 149). A proibição do retrocesso está fundamentada (e tem sua fonte) nos direitos fundamentais intangíveis que recebem reconhecimento no plano nacional e internacional. É possível identificar sua legitimação com a crescente constitucionalização de direitos. Prieur destaca que o reconhecimento dessa intangibilidade depende da formação de uma jurisprudência constitucional reconhecidora do princípio e de sua aplicação (PRIEUR, 2015, p. 135).

Machado destaca que a abordagem a respeito da vedação ao retrocesso se apresenta como um desafio a começar pela terminologia indicando, para tanto, as contribuições de Narbal Fileti (2007) que indicaram que o princípio pode ser encontrado com doze nomenclaturas diferentes⁷⁸¹ e que algumas podem ser até contraditórias com o que o princípio apresenta a título de natureza jurídica. Essas contribuições igualmente apontam que o princípio é de natureza constitucional (mesmo que implícito) e não é dotado “propriamente de uma eficácia jurídica imanente aos princípios”. Machado ressalva a posição de Ingo Sarlet (2012), para quem a proibição de retrocesso constitui “verdadeiro princípio constitucional implícito, ligado tanto ao princípio do Estado de Direito quanto ao princípio do Estado Social” (MACHADO, 2018, p. 349)⁷⁸².

Prieur (2015) aponta⁷⁸³ que o princípio do não retrocesso ainda possui nomenclaturas não coincidentes dependendo do sistema jurídico analisado. Na Bélgica, esse princípio é chamado de princípio de *standstill* (princípio da paralisação), enquanto, na França, adota-se a expressão *d’effet cliquet, règle du cliquet anti-retour* ou também *principe de non régression* (efeito catraca, regra da catraca anti-retorno ou princípio de não regresso), sendo possível encontrar expressões como *d’intangibilité de certains droits fondamentaux* (intangibilidade de certos direitos fundamentais) e ainda *clause de statu quo* (cláusula de *status quo*).

Na língua inglesa, há *eternity clause* ou *entrenched clause*⁷⁸⁴. Em espanhol, há o *prohibicion de regressividade* ou *prohibicion de retroceso*. A presente tese opta, como o fez Prieur, que a melhor expressão é a de “princípio do não retrocesso”, destacando-se

⁷⁸¹ O autor as apresenta como sendo (i) princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social; (ii) princípio do não-retrocesso social; (iii) princípio de contrarrevolução social; (iv) princípio da proibição de evolução reacionária; (v) regra do não-retorno da concretização; (vi) regra do não-retrocesso social; (vii) proibição de regressividade; (viii) princípio da proibição de retrocesso em sentido estrito; (ix) princípio da proibição da retrogradação; (x) eficácia vedativa do retrocesso; (xi) eficácia impeditiva do retrocesso; e (xii) não-evolução reacionária (MACHADO, 2018, p. 349).

⁷⁸² A definição de José Joaquim Gomes Canotilho (2003) se apresenta, na visão de Machado, como a mais adequada por indicar se tratar de um núcleo essencial dos direitos que, já dotados de realização (referindo-se especialmente aos direitos sociais) e que efetivados na norma positiva, consideram-se constitucionalmente garantidos. Nessa visão, a revogação, anulação ou aniquilação desse núcleo de direitos, sem uma medida estatal alternativa ou compensatória, será considerada inconstitucional. Canotilho (2003) é pontual e assertivo ao associar o referido princípio como um desdobramento da democracia (que ele realça como sendo econômica e social), constituindo uma autorização constitucional para que o Estado concretize uma evolução da ordem constitucional no sentido de uma justiça constitucional, ou seja, de uma justiça social (MACHADO, 2018, p. 350).

⁷⁸³ Vale apenas destacar que Prieur em suas análises está se aprofundando na aplicação do princípio do não retrocesso em matéria ambiental. Entretanto, considerando que sua perspectiva é que esse direito deflui dos direitos humano-fundamentais, a aplicação de seu raciocínio à discussão presente na tese se mostra relevante.

⁷⁸⁴ Na jurisprudência constitucional indiana o princípio é consagrado como *principle of non-retrogression* e *non-regression*.

que é mais do que uma simples cláusula, mas um princípio geral do Direito – é uma expressão de um dever que se impõe aos poderes públicos de não retrocesso. O princípio tem uma função de revelar (ou estabelecer) a existência de degraus de proteção e que o progresso na legislação deve garantir gradual e progressivamente a maior proteção possível dos direitos humanos (PRIEUR, 2015, p. 134-135).

A convergência encontrada nas leituras de Sarlet e Canotilho sobre o princípio destacam sua constitucionalidade e sua íntima ligação com o Estado de Direito e que, portanto, se trata de um Estado Constitucional de Direito, evocando o princípio como um valor que legitima e assegura a proteção da confiança social no Estado (e seria possível estender essa confiança da sociedade na própria sociedade) e da segurança que as relações jurídicas (e o próprio sistema jurídico-político) estão dotadas de estabilidade.

Ainda que haja uma farta doutrina referência a vedação (ou proibição) do retrocesso ligados com os direitos sociais (por sua óbvia relevância no desenvolvimento de um Estado social e das tensões de classe presentes na sociedade capitalista desigual) o princípio deve ser entendido como um valor maior. É possível associá-lo como um corolário do imperativo de máxima efetividade (e eficácia) dos direitos humano-fundamentais e como proteção da dignidade da pessoa humana⁷⁸⁵, que só é alcançada com a fruição de direitos individuais, políticos, sociais etc.⁷⁸⁶.

O princípio, observa Sarlet, é comum a todos os direitos fundamentais e, por se tratar de matéria de proteção e promoção, guarda relação com a previsão de dever de realização progressiva (princípio ou valor da progressividade em matéria de direitos humano-fundamentais) que as cláusulas internacionais expressamente apresentam como vinculativas⁷⁸⁷. Assim, não é incorreto afirmar que essa postura de proteger os direitos

⁷⁸⁵ Sarlet dispõe que a proibição de retrocesso está fundamentada, ainda que nunca de forma exclusiva, na segurança jurídica de dignidade da pessoa humana, não se confundido tal implicação como se o princípio tivesse um caráter meramente instrumental. O princípio protege tais valores, mas também um mínimo existencial, segurança jurídica, e uma perspectiva que supera a mera garantia da proteção do direito adquirido e da irretroatividade de medidas estatais. Sarlet destaca que se trata de um “princípio-garantia jurídico” como elemento necessário para proteger direitos fundamentais, uma vez que muitas mudanças podem acontecer em prejuízo desses direitos sem que se mexa no texto constitucional ou sejam utilizados instrumentos tipicamente retroativos (SARLET, 2009, p. 126).

⁷⁸⁶ Esse pensamento encontra eco na teoria de Ingo Sarlet, pois o autor aponta, inclusive, que há uma ligação umbilical entre segurança jurídica, o princípio da proibição de retrocesso e a dignidade da pessoa humana, visto que a dignidade não está protegida e respeitada onde pessoas não confiem nas instituições sociais e estatais, minimamente, por não se sentirem seguranças em face da instabilidade jurídica (SARLET, 2006), o que poderia ser ampliado também para a existência de uma violação da dignidade em ambiente de instabilidade política.

⁷⁸⁷ Sarlet destaca como sendo “o caso do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, ratificado pela ampla maioria dos estados latino-americanos, igualmente vinculados pela Convenção Americana de 1969 e pelo Protocolo de San Salvador, que, por sua vez, complementa a Convenção Americana ao dispor os direitos sociais” (2009, p. 120)

já conquistados implica igual importância para o dever de progredir na implementação e ampliação desses direitos, de modo a realizar uma cidadania inclusiva (SARLET, 2009, p. 120).

O constitucionalismo latino-americano, em uma perspectiva ampla, recepcionou a noção da vedação ao retrocesso se o princípio for tomado como um valor de proteção de direitos fundamentais e como limitação da atuação dos poderes constituídos no que tange à supressão ou restrição desses direitos. É possível encontrar a *ressonância* da vedação ao retrocesso de forma expressa ou implícita em garantias constitucionais (ainda que possam ser identificadas com outros nomes ou termos)⁷⁸⁸, na construção doutrinária e na jurisprudência, bem como na orientação de “proteção de direitos contra a ação supressiva e mesmo erosiva por parte de órgãos estatais”.

Nessa esteira, identifica-se a presença desse princípio como “proteção contra a ação do poder constituinte reformador” por prever limites materiais à esse exercício, não deixando de “constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição” (destacadamente os que integram um núcleo material da ordem constitucional ou que são reconhecidos como conteúdos normativos insuscetíveis de abolição – cláusulas pétreas) algo que se faz presente como elemento comum no Direito Constitucional da (e na) América Latina (SARLET, 2009, p.121-122)⁷⁸⁹.

Esse princípio recebeu projeção como um critério jurídico normativo que, supostamente, seria capaz de balizar e permitir o questionamento das medidas e propósitos de caráter reformista do Governo (Executivo e Legislativo) junto ao Judiciário (juízes e Cortes). Isso, conseqüentemente, alimentou um movimento de judicialização da política e o hipertrofiamento do Judiciário e, com isso, alavancou críticas quanto à legitimidade desse fenômeno e seu desvirtuamento para politização do judiciário (SILVA, 2020, p. 13).

Diego Nassif da Silva contribui com a perspectiva do caráter progressivo dos direitos fundamentais⁷⁹⁰ por parte do Legislador, de modo a acompanhar “em incentivo

⁷⁸⁸ Exemplificam-se as garantias mencionadas como sendo: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, entre outras vedações constitucionais de atos retroativos (SARLET, 2009, p. 121-122).

⁷⁸⁹ Todavia, nenhuma das Constituições latino-americanas acolheu *expressamente* o princípio da proibição de retrocesso, entretanto trata-se de uma categoria inegavelmente reconhecida e que se encontra “em processo de crescente difusão e elaboração doutrinária e jurisprudencial em várias ordens jurídicas”, inclusive no Direito Internacional dos Direitos Humanos (SARLET, 2009, p. 117).

⁷⁹⁰ O princípio da vedação ao retrocesso tem como caráter negativo de sua finalidade sua particularidade prevalecente, mas existem também um caráter positivo identificável no dever do legislador (o que pode ser ampliado para todos os poderes-funções do Estado) de manter um “propósito de ampliar,

ou resistência, um conjunto histórico de transformações sociais, que, tal qual o próprio curso do tempo, só flui para sempre, nunca para trás”. Ressalva o autor que as transformações sociais não seguem um sentido único ou “são necessariamente acompanhadas de um progresso das condições materiais da sociedade” (SILVA, 2020, p. 72).

Schwarz destaca a relevância que os direitos sociais tiveram sobre o dever negativo aplicável sobre os poderes estatais (também por influência dos compromissos internacionais e ordenamentos internos⁷⁹¹) no sentido de não adotar políticas e sancionar normas que pudessem, sem justificativa razoável, piorar a situação dos direitos no ordenamento jurídico nacional – aspecto esse reconhecido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (SCHWARZ, 2016, p. 272).

Diego Nassif da Silva, extraindo sua teoria das lições de Cambi (2011), Queiroz (2006) e Jörg Paul Müller, reforça a existência de limitações aos poderes conferidas pelo princípio da vedação ao retrocesso. Destaca que o legislador não pode *voltar atrás* revogando, anulando ou aniquilando direitos depois de consagrá-los legalmente⁷⁹², sendo relevante por parte da doutrina, jurisprudência e comunidade política apreender conceitualmente o princípio de forma adequada: o princípio funciona como um flanco que, ainda que para alguns teóricos não imponha avanço⁷⁹³, assegura que se impeça o retrocesso do que foi constitucionalmente conquistado (SILVA, 2020, p. 72-73).

Schwarz, de forma ponderada, sublinha que existe o entendimento que, em situações de maior vulnerabilidade, o Estado pode promover políticas sociais que tenham, à uma primeira vista, um caráter regressivo, a despeito do princípio em análise.

progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização à medida que nela se evolui”. É pertinente destacar, assim, que o princípio “não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação do avanço social” (DERBLI, 2007, p. 202).

⁷⁹¹ Uma dimensão constitucional da irreversibilidade das conquistas em matéria de direitos fundamentais (destacando o autor os direitos sociais) se deu com a aprovação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, onde se estabeleceu a força normativa da Constituição e a força normativa de um conteúdo mínimo/essencial em seu interior. Esse movimento constitucional irradiou para outros ordenamentos “como o português, o espanhol, o colombiano, brasileiro e francês” (SCHWARZ, 2016, p. 272). Canotilho também menciona a existência de cláusulas na Constituição portuguesa que, mesmo implícitas, vedam tentativas de “retrocesso social” e “evolução reacionária” (CANOTILHO, 2006).

⁷⁹² Entendimento que pode se estender também ao processo de “positivação” de um Direito por parte das Cortes e Tribunais Constitucionais

⁷⁹³ Schwarz diverge desse posicionamento ressaltando seus argumentos na defesa da existência de uma obrigação de progressividade vinculada à obrigação de não regressividade, de modo que os poderes públicos devem adotar medidas que desenvolvam os direitos de maneira gradual, ciente que seria impossível a todos os Estados promoverem todos os direitos imediatamente, mas, por sua vez, desautoriza uma postergação infinita ou indefinida. Há uma exigência de ações e resultados concretos para satisfação desses princípios/valores e os direitos daí decorrentes, sempre com preocupação prioritária para atendimento dos grupos em situação de maior vulnerabilidade (2016, p. 272-273).

Esse movimento, contudo, deve estar, em tese⁷⁹⁴, amparado de uma justificativa robusta de que a médio e longo prazo tal medida representará maior ganho e proteção aos direitos sociais, considerando aspectos de razoabilidade e proporcionalidade dessa proposta aparentemente regressiva. Essa possibilidade, todavia, não nega nem implica, em absoluto, a existência de um núcleo mínimo de direitos protegidos (SCHWARZ, 2016, p. 272)⁷⁹⁵.

A proibição de retrocesso tem a função de balizar meios de impugnação de atos que possam implicar “supressão ou restrição de direitos” ou “como efetiva violação de tais direitos” que são, em diferentes níveis, “concretizações da própria dignidade da pessoa humana”. Para avaliar a ocorrência de uma violação, é possível trazer a análise de critérios, a saber: a proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, da proporcionalidade, entre outros. Essa leitura tem se estabelecido como uma espécie de “Direito Constitucional comum latino-americano”, em um sentido de proteção mais amplo do que apenas a proibição de retrocesso (SARLET, 2009, p. 126)⁷⁹⁶.

O princípio da vedação ao retrocesso, como um valor que busca dar amparo ao progresso e à estabilidade do sistema jurídico e das conquistas em matérias de direitos humano-fundamentais garantindo a existência e manutenção de um núcleo essencial,

⁷⁹⁴ Ressalta-se o “em tese”, pois o Estado pode apresentar justificativas genéricas e falaciosas quando deseja implementar uma determinada agenda econômica, como aconteceu no Brasil com a reforma trabalhista de 2017 que não representou nenhum tipo de ganho significativo, além de impactar negativamente no acesso à justiça na Justiça Trabalhista com uma drástica diminuição do exercício do direito de ação.

⁷⁹⁵ Para Schwarz, com base no direito comparado, a avaliação se esse movimento aparentemente regressivo do Estado teria de ser analisado sob os seguintes critérios de legitimidade: (i) legitimidade normativa (entendendo a legitimidade a partir de uma vinculação normativa, ou seja, com base no ordenamento jurídico e seus fins); (ii) idoneidade do ato (critério relacionado ao “caráter realmente adequado aos fins proscritos”); (iii) necessidade da medida (comprovação da imprescindibilidade e a ausência de outras alternativas menos gravosas para os direitos e seus destinatários); (iv) proporcionalidade em sentido estrito (critério vinculado à existência de resultados mais benéficos e vantajosos para a comunidade e os valores em conflitos);” (SCHWARZ, 2016, p. 272).

⁷⁹⁶ Ao desenvolver suas considerações sobre as limitações que o princípio oferece aos poderes constituídos, Diego Nassif da Silva se baseia em Canotilho (2001) para asseverar que: (i) a previsão constitucional expressa de um direito pode, no seu inadimplemento, configurar inconstitucionalidade por omissão; (ii) mesmo que não exista como uma imposição constitucional um direito de prestação, caso não se cumpra uma “imposição legiferante concreta” que derive de direito constitucional, esse inadimplemento pode implicar inconstitucionalidade por omissão; (iii) diante de imposições constitucionais gerais o legislador, uma eventual omissão pode se enquadrar como “não cumprimento inconstitucional” ou “situação ainda constitucional”; (iv) uma pretensão subjetiva judicialmente acionável pressupõe uma concretização “concreta” de direitos fundamentais (SILVA, 2020, p. 81). O valor da vedação ao retrocesso tanto funciona como possibilidade de revisão da produção legislativa (evitando-se que interesses outros pudessem erodir ou aniquilar direitos já estabelecidos) como uma “afetação substancial”, como também no sentido de o Estado reavaliar global e permanentemente as metas de realização de seus próprios fins “com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 448).

demanda um “manejo constitucionalmente adequado e responsável”, que não blinde privilégios injustificáveis e não seja tomado como única via de proteção dos direitos fundamentais.

Todavia, essa importante e inegável conquista da dogmática jurídico-constitucional (com valiosas contribuições da doutrina e da jurisprudência nesse sentido) assegura a eficácia negativa, proteção de direitos contra supressão e erosão por parte do Estado em momentos de crises (e o espaço latino-americano é marcado de acentuada instabilidade social e econômica). É preciso não esquecer, notadamente observando o dever de efetiva promoção progressiva dos direitos em prol de um mínimo existencial (social, econômico, cultural e ambientalmente considerados), que “o resgate do verdadeiro papel da cidadania” é o real protagonista desse processo para garantir os direitos humano-fundamentais⁷⁹⁷. O fortalecimento das bases da cidadania é visto por Sarlet como forma de superação da instabilidade político-institucional que marca o território latino-americano de modo que “um Direito Constitucional comum terá dificuldades de frutificar em sua desejável extensão”, que pode ser construído em “[E]stados constitucionais autênticos e não meros simulacros” (SARLET, 2009, p. 149).

A participação cidadã e a construção de uma cultura jurídico-política não pode negar a validade da vedação ao retrocesso como um valor democrático no sentido de orientar-se progressivamente por uma maior instabilidade social. Nesse sentido, Sarlet apresenta que o princípio (em sua fundamentalidade implícita presente na Constituição, aplicável tanto na ideia de Estado de Direito⁷⁹⁸ quanto de Estado Social⁷⁹⁹) é “corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade humana” (SARLET, 2012, p. 450).

Machado, de forma sucinta, destaca que o princípio da vedação ao retrocesso tem como objetivos (i) proibir que direitos fundamentais já alcançados e garantidos aos cidadãos sejam (direta ou indiretamente) suprimidos e/ou reduzidos; (ii) impedir que o legislador ordinário revogue (integral ou parcialmente) diploma(s) legal(is) infraconstitucional(is) que já se encontram concretizados no sentido de efetivação de

⁷⁹⁷ Sarlet chama a atenção para o resgate da cidadania, pois sem uma cidadania ativa “nem a afirmação de um dirigismo constitucional, nem a proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional vinculante”, uma vez que “na sua qualidade de normas jurídicas, não implicam substancial e efetiva mudança social” (SARLET, 2009, p. 149).

⁷⁹⁸ Referindo-se o autor sobre “o âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica” que sustentam a ideia de Estado de Direito.

⁷⁹⁹ Referindo-se o autor sobre “a condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados” que sustenta a ideia de Estado Social.

direitos fundamentais (ou seu núcleo essencial), o que significa dizer que se está limitando a possibilidade de reversibilidade de direitos adquiridos; (iii) tutelar um catálogo de direitos fundamentais, especialmente seu “núcleo essencial” e um “mínimo existencial”, “inerente ao respeito pela dignidade humana”; (iv) assumir a função de flanco (ou seja, mesmo que não se avance coíbe-se o retrocesso) garantindo o grau de concretização dos direitos fundamentais já alcançados; (v) invalidar normas que revoguem normas infraconstitucionais que concedem direitos sem sua equivalente substituição por outros direitos ou compensações, visto ser – por força do princípio – uma norma inconstitucional aquela que deixe um vazio nos direitos fundamentais já alcançados (MACHADO, 2018, p. 251).

Não se está, de forma alguma, defendendo um *engessamento* da jurisprudência. Se a ela não fosse permitido “evoluir”, o reconhecimento da união homoafetiva não teria sido possível em 2011. Não é plausível afastar a possibilidade de as Cortes revisarem suas próprias decisões e, com isso, revisitarem a interpretação acerca dos direitos ali discutidos – o que impacta na atribuição de sentido, havendo o risco de redução ou extensão. Por essa possibilidade (e risco), o princípio da vedação ao retrocesso se aplica igualmente “em face das decisões emanadas pelas cortes de justiça” (SILVA; BREGA FILHO, 2018, p. 184).

Maiores segurança jurídica e estabilidade do sistema democrático constitucional em prol do direito à união homoafetiva parecem estar potencializadas pelo sistema de precedentes obrigatórios, visto serem um reforço procedimental e processual para a vedação ao retrocesso. Trata-se de mecanismo de blindagem do direito conquistado, pois a superação de um precedente (seja por nova legislação ou por nova decisão) demanda um grande debate.

Uma legislação infraconstitucional estaria maculada de inconstitucionalidade, pois a interpretação constitucional já foi dada estabelecendo um precedente de positivação progressiva do direito mencionado. Superar esse precedente por nova decisão demandaria uma nova rodada argumentativa que não teria fundamento constitucional. Uma emenda constitucional “fechando” o conceito de família para uniões apenas entre pessoas de sexo diferentes seria igualmente inconstitucional, uma emenda dessa natureza teria de retirar da CRFB/88 os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade humana, entre outros, o que seria inadmissível⁸⁰⁰.

⁸⁰⁰ Vale mencionar que o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015) em seu Art. 926. estabelece que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e

É salutar reconhecer o valor do princípio da vedação ao retrocesso de direitos humano-fundamentais como mecanismo imprescindível dentro da lógica de progressividade dos direitos⁸⁰¹. A aplicação do princípio da vedação ao retrocesso de direitos envolve analisar a diversidade de opiniões sobre o assunto, tão plural quanto às designações a ele atribuídas. Nesse sentido, como apresentado por Pinto e Brega Filho, a previsão normativa expressa desse princípio é uma medida de validação da impossibilidade (em tese) de “retrocesso na garantia e salvaguarda dos direitos fundamentais” (2014, p. 520).

Entre os instrumentos que preveem expressamente esse princípio se encontram o *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos* (mencionando a proibição nos parágrafos 1º e 2º do Artigo 5º), o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*⁸⁰² (com a previsão localizada no mesmo artigo e parágrafos que sua normativa-irmã) e vale mencionar sua presença na *Constituição Portuguesa*. A *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*⁸⁰³, em

coerente” de forma que qualquer decisão de alteração (para menor), flexibilização ou retrocesso de direitos fundamentais desobedeceria dispositivo de lei federal. A preocupação em se manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente é mais do que apenas um preciosismo para a prática forense. Trata-se de uma declaração de que o sistema jurídico deve proporcionar segurança jurídica e confiança, além de indicar que o processo cognitivo e interpretativo da decisão respeita e obedece a parâmetros científicos.

⁸⁰¹ É possível correlacionar o princípio da vedação ao retrocesso como um princípio-irmão do princípio da progressividade dos direitos humano-fundamentais. O princípio da vedação de retrocesso de direitos humano-fundamentais se relaciona intimamente com o princípio da realização progressiva de direitos, como defende Miller *et al.* (2015). A realização progressiva, todavia, não ignora que os Estados podem apresentar dificuldades em realizar “imediate e completamente todos os direitos”, mas essa ressalva se faz quando se trata de direitos que demandam recursos financeiros, técnicos ou logísticos e, especialmente, quando se trata de direitos que em razão do desenvolvimento tecnológico e científico, possam constantemente ser objeto de aprimoramento. Ainda assim, o cumprimento das obrigações estatais a respeito dos direitos humano-fundamentais está condicionado ao máximo de recursos disponíveis e, dessa forma, todos os Estados devem mostrar esforços concretos para que esses direitos sejam realizados sem retrocessos deliberados. De forma complementar, o princípio do não retrocesso atua com a progressividade dos direitos. Entretanto, movimentos de retrocesso estão “revertendo decisões e compromissos acordados”, o que não pode ser permitido em nenhuma circunstância, seja ela intencional ou não. As medidas legislativas devem ser adotadas orientadas pela progressividade e pela previsão de recursos (quando for o caso), bem como os movimentos estatais devem atuar em consonância com esses princípios (progressividade e não retrocesso). É possível extrair de Miller *et al.* (2015) que o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo se enquadra dentro de um grupo “limitado de direito” que possui “efeito imediato, como o direito de garantir a não discriminação” nos termos da lei. Nesse sentido, a tutela legal contra a violência baseada discriminação em razão da orientação afetivo-sexual “não pode ser negada a ninguém, independentemente do status de cidadania”, de modo que todos devem receber proteção estatal (MILLER *et al.*, 2015, p. 24).

⁸⁰² Prevendo a progressividade em seus dispositivos, conforme Art. 2, § 1º e Art. 12, § 1, onde se encontram as disposições sobre a obrigação da progressividade, se exigindo que os Estados empreendam esforços orientados para o cumprimento progressivo de direitos. Disso depreende-se que o Pacto impõe obrigações de comportamento e resultado.

⁸⁰³ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. No âmbito do sistema normativo nacional

seu Artigo 29, expressa “a impossibilidade de supressão ou limitação do gozo de direitos e liberdades” previstos no instrumento, como modo de interpretação da Convenção (PINTO; BREGA FILHO, 2014, p. 520)⁸⁰⁴.

Roberto Barroso, como relator no Recurso Extraordinário n. 878.694, reconheceu que a proibição de retrocesso se constitui um princípio constitucional implícito, oriundo “do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais” (tal como é possível extrair do Artigo 5º, § 1º), de modo que a efetividade das normas constitucionais não pode ser retirada. Nesse aspecto, a implementação de “involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam seu núcleo essencial” está proibida (STF, 2017, p. 27-28)⁸⁰⁵. Barroso reitera esse entendimento no Recurso Extraordinário 646.721 – RS.

Um aspecto interessante para a teoria dos direitos humanos em sede de jurisdição constitucional se deu com a Suprema Corte da Índia no caso *Navtej Singh Johar & Ors. v. Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice*, sobre a descriminalização da sodomia, apresenta de modo salutar a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos de minorias. Conforme destacado pela publicação especial *Right to Love* da *Alternative Law Forum*, o *Chief Justice*, Dipak Misra, faz um alerta sobre a doutrina do não retrocesso para o caso de tentativas de *backlash* (legislativo ou social) quanto à decisão da Corte. O magistrado destaca que o Estado não deve tomar medidas (ou fazê-las deliberadamente) que de alguma forma resultem no retrocesso do gozo de direitos reconhecidos pela Constituição ou por outra forma⁸⁰⁶.

A doutrina, reconhecida assim pela jurisdição constitucional indiana, estabelece que direitos uma vez reconhecidos não podem ser retirados sendo errada qualquer

foi promulgada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Vale mencionar que essa Declaração em seu Art. 26 prevê a obrigação de progressivamente se alcançar a efetividade de direitos dali decorrentes.

⁸⁰⁴ Além dessas tratativas internacionais seria possível mencionar a *Declaração de Quito*, de 24 de julho de 1998, documento internacional que versa sobre os “Princípios sobre a exigibilidade e a realização dos DESC” (DESC, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), estabelecendo esse documento o dever dos Estados em definir “políticas de melhoramento progressivo do nível de vida dos habitantes mediante a ampliação do desfrute desses direitos”. A Declaração ainda estabelece a “obrigação de progressividade e sua correlativa proibição de regressividade”, implicando inclusive em dever de planejamento para aplicação imediata dos direitos tanto quanto possível e estabelecimento de metas e estratégias para aqueles direitos que não puderem ser imediatamente implementados. A demora na determinação da realização progressiva de um direito é vista (salvo se houver justo motivo) como uma violação ao Pacto, conforme o *Princípio 72 de Limburgo*.

⁸⁰⁵ Essa manifestação ocorreu em sessão 31.8.2016, mas por rigor metodológico o ano é referenciado como da efetiva publicação da decisão.

⁸⁰⁶ O que pode ser entendido como os tratados internacionais que versem sobre direitos humano-fundamentais.

interpretação (inclusive por parte dos tribunais) que não se pode tirar direitos reconhecidos via apreciação jurisdicional (NARRAIN, 2018, p. 21). A Corte Constitucional entende que o princípio do não retrocesso está estritamente vinculado com o princípio da progressividade dos direitos humano-fundamentais⁸⁰⁷ (INDIA, 2018, p. 117).

Considerado como mecanismo de salvaguarda de direitos, ou como ferramenta de “blindagem” de direitos fundamentais em momentos de crise, o princípio da vedação (ou da proibição ao retrocesso) configura-se como importante elemento de análise para o debate em desenvolvimento, especialmente, pelo atual panorama dos direitos de minorias (e em especial o direito ao reconhecimento das relações homoafetivas em sua dimensão como entidade familiar) se encontram tão vulneráveis às movimentações conservadoras que cada vez mais buscam legitimação de seus discursos na teoria constitucional e jurídica⁸⁰⁸.

O princípio da vedação (ou da proibição) do retrocesso de direitos não é uma novidade na jurisprudência ou na doutrina, mas merece atenção em sua análise, destacadamente pela realidade nacional demonstrar profunda deficiência reflexiva quanto ao *modus operandi* na aplicação desse direito, bem como os critérios que permitiriam a sua interpretação e aplicação no exercício do Poder Legislativo e do

⁸⁰⁷ No original: 188. *The doctrine of progressive realization of rights, as a natural corollary, gives birth to the doctrine of non-retrogression. As per this doctrine, there must not be any regression of rights. In a progressive and an ever-improving society, there is no place for retreat. The society has to march ahead.* 189. *The doctrine of non-retrogression sets forth that the State should not take measures or steps that deliberately lead to retrogression on the enjoyment of rights either under the Constitution*

⁸⁰⁸ A proteção dos direitos fundamentais é a força motriz da proibição de retrocesso e se presta a limitar o Legislador (e o Estado em última instância). Ao limitar a liberdade do Legislador e seu arbítrio, evita-se a destruição das garantias essenciais “à realização desses direitos fundamentais” (CAMBI, 2009, p. 228). Logo, qualquer tipo de limitação do direito a se constituir família só pode ser limitado pela lei quando (e nos limites) em que essa se dê com o caráter exclusivo de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem. A negativa de reconhecimento do casamento homoafetivo ou da união homoafetiva usando por base o código civil ou demais leis que façam tal limitação não encontram respaldos nas razões constitucionais. Observe que limitar o direito ao exercício livre e igual de constituição familiar de pessoas LGBTQ+ não se justificam, pois seu caráter limitante não se dá para que direitos de outras pessoas sejam resguardados. A ampliação dos direitos das pessoas homossexuais (reconhecer o casamento homoafetivo) não afeta o direito das pessoas heterossexuais (não diminui o direito deles de contraírem matrimônio). Também essas leis limitantes não se legitimam por argumentos da moralidade (cristã), pois a DUDH afirma justas exigências da moral. Na ordem pública internacional integram princípios fundamentais (eleitos como básicos, imprescindíveis e inerentes) que são sempre por diretrizes gerais, como a não discriminação por raça ou sexo, a igualdade no âmbito das relações conjugais, entre outros. Assim, se mostra mais assertivo buscar as normas que contém princípios integrantes da ordem pública internacional (mais ampla), do que normas de ordem pública (restrita). Partindo-se dessa lógica, se o reconhecimento da união homoafetiva não viola a ordem pública interna ou seus princípios essenciais, também não violam a ordem pública internacional, mas é reafirmada a partir da perspectiva internacional. Sendo mesmo possível pensar em uma teoria argumentativa geral para o reconhecimento (dotado de legitimidade democrática) do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Poder Judiciário. A utilização banalizada e indiscriminada desse princípio permite enfraquecer o seu uso como ferramenta de proteção de direitos das minorias, direitos individuais, sociais e coletivos, cabendo aos juristas (re)pensarem sua validade no cenário nacional e internacional.

A Corte Constitucional da Índia no caso *Navtej Singh Johar & Ors. v. Union of India Thr. Secretary Ministry of Law and Justice (2018)* – que versou sobre a discussão constitucional a respeito da (des)criminalização das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo⁸⁰⁹ – oferece para a questão algumas contribuições muito relevantes para o amadurecimento argumentativo de proteção das uniões homoafetivas: a primeira a ser mencionada é o reconhecimento do direito de amar (*recognition of the right to love*) como um aspecto (NARRAIN, 2018, p. 17).

Estabelece a Corte indiana que a interpretação da Constituição não deve ser apenas pragmática, mas devido à natureza dinâmica de uma Constituição, a política jurídica de uma época específica não pode estar apartada das necessidades atuais da sociedade. Ao Estado, dessa forma, cabe o importante papel de implementar efetivamente os direitos constitucionais o que significa dizer que esse papel cabe ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, estando todos comprometidos com ações concretas. Cabe a todos a obrigação de tomar as medidas apropriadas para que os direitos se realizem progressivamente (INDIA, 2018, p. 116-117).

O *direito de amar* está diretamente relacionado com a noção de moralidade constitucional e com a ideia de uma constituição transformativa. A primeira embasa o reconhecimento da garantia constitucional de que uma pessoa tem direito a desenvolver sua personalidade e à igualdade de cidadania. A negação de direito à dignidade às pessoas LGBTQ+ se mostra incompatível com a moral da Constituição, existindo uma visão intransponível entre valores morais que baseiam disposições discriminatórias (como no caso indiano foi a criminalização das práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo) e os valores presentes na Constituição.

A Assembleia Constituinte não estabelece uma moralidade constitucional (ou seja, não existe um sentimento natural), mas esta vai sendo construída, cultivada. Se o “povo”, no caso indiano, não foi capaz de absorver e, com isso, perpetua práticas discriminatórias, a dinâmica de legitimação democrática dessa práxis é superficial e com tendências antidemocráticas.

⁸⁰⁹ Chamado “crime de sodomia”.

A moralidade constitucional, como reconhecida pela Corte Indiana, é um ideal que está enraizado na Constituição e deve ser assimilada pela sociedade, bem como por Executivo, Legislativo e Judiciário no sentido de respeitar a dignidade e a autonomia de seus cidadãos. Nesse sentido, os avanços constitucionais presentes na jurisdição constitucional, como foi o julgamento em Navtej Singh Johar, se apresentam como passos importantes para o estabelecimento de uma moralidade social em consonância com a moralidade constitucional. Isso é particularmente relevante para as discussões desenvolvidas na presente tese, pois a noção de que deve haver uma prevalência da vontade majoritária sobre o direito à dignidade de liberdade das minorias é uma ideia explicitamente rejeitada pela moral constitucional (NARRAIN, 2018, p. 18-19).

A Corte Indiana destacou que prescrever questões relativas à moralidade constitucional não cabe aos governos majoritários, pois cabe ao Tribunal Constitucional ser o garantidor dos direitos das minorias, mesmo contra e independente da opinião das “maiorias populares ou legislativas”⁸¹⁰, visto que sua determinação (enquanto Tribunal) deve ser no sentido de defender a Constituição especialmente perante um Governo omissivo e que atua como um espectador mudo. A Corte acertadamente não afasta ou ignora a importância do papel dos cidadãos nesse processo, visto que cabe aos cidadãos conquistar uma sociedade baseada nessa moralidade constitucional, pois estes precisam entender e absorver os amplos valores da Constituição. A interpretação da Constituição deve promover uma “catarse social” e deve instruir a sociedade para que seja livre, mas isso depende de que os valores constitucionais prevaleçam sobre os impulsos circunstanciais de uma determinada época (NARRAIN, 2018, p. 19).

Destaca-se que a CRFB/88 ainda, como um acréscimo ao princípio da vedação do retrocesso, estabelece o princípio da segurança jurídica e desdobramento dela decorrentes. A estabilidade jurídica dos direitos (e do próprio sistema jurídico) dependerá de que as posições jurídicas estejam protegidas de oscilações de humor da opinião pública ou de um governo temporariamente eleito. Em razão disso, acompanham-se as colocações de Pinto e Brega Filho: escolhas ou condições naturais e inerentes ao indivíduo, “não podem ficar à mercê da vontade momentânea dos governantes”, pois se presume que, em um Estado Democrático de Direito, a vida de um sujeito se dê em um cenário estável, de modo que as modificações legislativas não

⁸¹⁰ Vale destacar que a moralidade social majoritária na Índia e, em alguma medida, no Brasil chancela linchamentos públicos e estupros coletivos contra minorias e grupos vulneráveis.

podem ser dotadas de legitimidade se, porventura, prejudiquem o patrimônio jurídico das pessoas em uma sociedade civilizada (PINTO; BREGA FILHO, 2014, p. 521).

O Estado, quando não reconhece, aceita ou regula determinados direitos, e tal prática resulta em ofensa ao direito de liberdade – como o *experenciado* por casais homoafetivos até 2011, que tinham sua liberdade de contrair união limitada apenas a uma configuração heterossexual⁸¹¹ – deve obrigatoriamente produzir “em contrapartida uma fundamentação coerente para tanto”. O Parlamento brasileiro não o fez, até o momento, limitando-se à interpretação estrita da lei como forma de subliminar fundamentos religiosos e culturais (heterocentrados) como “regra obrigatória”. Esse entrave à autonomia moral e que cerceia as realizações na vida privada, sem um rigoroso embasamento, é, conseqüentemente, “um óbice à plena configuração da dignidade da pessoa humana” (ROTONDANO, 2015, p. 32).

Reconhecendo a *supremacia da Constituição* como um valor que tutela as minorias por apresentar um rol de direitos e garantias fundamentais (como a vedação ao retrocesso como valor implícito, segurança jurídica e, entre outros, a dignidade da pessoa humana), é válido observar que, todavia, essa não é uma questão pacificada ou inatacável. A experiência estrangeira revelou, no fim da segunda década do século XXI, que os direitos humano-fundamentais não estão protegidos contra estratégias conservadoras e reacionárias. Por outro lado, o caso ocorrido nas Ilhas das Bermudas pode ilustrar o importante papel das Cortes Constitucionais na construção de uma sociedade substancialmente democrática. Sobre essa questão está construído o próximo capítulo.

⁸¹¹ Como destacado por Barroso “Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral” (BARROSO, 2011b, p. 124). Além disso, em uma Democracia “ninguém pode ser molestado por opiniões, mesmo que sejam de princípios [...] contanto que suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei” (RANCIÈRE, 2014, p. 78). Nesse sentido, a cultura de “dever ser”, comprometida como os direitos humano-fundamentais e com as minorias, está intimamente ligada à uma assimilação da Constituição como instrumento de uma democracia substantivamente melhor para sobrevivência de uma democracia mais igualitária e livre. Como levando por Alexandre Bahia e Diogo Bacha e Silva, a decisão do STF no reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo (e seu posicionamento posterior de proteção dessa leitura ampliada do conceito de família) deixa “evidente que a Constituição é o último fio de esperança por aqueles que, sistematicamente, são excluídos do nosso projeto comunitário, mormente indivíduos que estão à margem dos direitos fundamentais”. A decisão demonstra que “é preciso não só fundamentar direitos para um grupo de indivíduos, mas, sobretudo, reconhecê-los como sujeitos de direito” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 241).

Capítulo XI. O *BACKLASH* E A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE EM DEFESA DAS MINORIAS LGBTQ+ EM BERMUDAS.

Oh Fortuna/ És como a Lua/ mutável/ Sempre aumentas e diminuis/ a detestável vida./ Ora escurece e ora clareia/ por brincadeira a mente. Miséria, poder... ela os funde como gelo. Sorte monstruosa e vazia Tu – Roda Volúvel És má, vã é a felicidade/ sempre dissolúvel./ Nebulosa e velada/ também a mim contagias./ Agora por brincadeira/ o dorso nu/ entrego à tua perversidade A sorte na saúde e a virtude agora me é contrária. Dá e tira mantendo sempre escravizado./ Nesta hora sem demora/ tange a corda vibrante/ porque a sorte abate o forte. Chorais todos comigo!

Chora as feridas da fortuna/ com olhos rútilos/ pois o que me deu/ ela perversamente me toma./ O que se lê é verdade/ esta cabeleira quando se quer tomar calva se mostra (...). No trono da Fortuna sentava-se no alto, coroado por multicores/ flores da prosperidade./ Mas por mais próspero que eu tenha sido./ feliz e abençoado/ do pináculo agora despenquei/ privado da glória. (...) A Roda da Fortuna girou/ desço aviltado./ Um outro foi guindado ao alto desmesuradamente exaltado./ O rei senta-se no vértice/ precavenha-se contra a ruína/ porque no eixo se lê:/ Rainha Hécuba./

Carl Orff, em *Ó Fortuna - Carmina Burana*.

A análise de questões externas ao cenário nacional não apenas é relevante como se faz necessária para uma leitura mais madura dos fenômenos contemporâneos e para o desenvolvimento da Ciência Jurídica. Reflexões sobre o comportamento judicial têm demandado olhares para experiências estrangeiras, mesmo que se reconheça nessas vivências o contexto de sistemas distintos do modelo brasileiro (que, tantas vezes, parece muito original em sua hibridez).

Considerando que as tradições ou sistemas, com maior destaque para o Ocidente, são o *civil law* e o *common law*, que têm suas raízes na “tradição latina e germânica e os de histórico anglo-americano”, é importante entender que são frutos de “experiências culturais e históricas distintas”. Entretanto, no que tange ao processo contemporâneo⁸¹², “cada vez mais o que se afere é uma verdadeira miscigenação entre os dois principais sistemas ou famílias processuais do ocidente” (MARQUES DE CAMARGO, 2019, p. 80)

Nesse sentido, é válida a lição de Gonçal Mayos que, ao analisar a atual sociedade do risco, tal como teorizada por Ulrich Beck, afirma que esta está profundamente marcada por macroprocessos e causas transnacionais. Sob uma determinada perspectiva, por um lado, “o mundo se tornou menor, mais inter-relacionado e dependente; por outro, o mundo está se tornando mais diverso territorialmente, culturalmente, [...] juridicamente, etnicamente – e inclusive – disciplinarmente”. Em função disso, observa Mayos, estão aflorados os “fenômenos

⁸¹² E por óbvio essa consideração aplica-se ao processo constitucional contemporâneo e, por consequência, ao comportamento do judiciário nacional.

inter” que devem ser encarados “indo mais além de propostas ‘multi’, ‘poli’ ou ‘trans’” – por se mostrarem limitados e superados quando analisados sob o ponto de vista de acontecimentos de longo prazo. É preciso, portanto, pensar e apostar em “estratégias mais complexas, ações mais difíceis e políticas mais exigentes” que possam oferecer, também, melhores resultados em longo prazo (MAYOS, 2014b).

A discussão sobre o papel das Cortes constitucionais se configura como importante temática dentro dos debates sobre o constitucionalismo contemporâneo e a valorização dos direitos humano-fundamentais. Há, como está presente nos capítulos antecedentes, uma crítica frequente quanto ao poder das Cortes Constitucionais de revisitarem e revisarem a constitucionalidade da legislação oriunda do Parlamento. A querela orbita também sobre os limites referentes à divisão dos Poderes/Funções do Estado, argumentando que, aparentemente, as Cortes estão extrapolando os limites de sua atuação interferindo em Poderes e ferindo, em tese, a Democracia. É relevante observar que esse não é um debate unicamente nacional, como o presente capítulo demonstra.

As Cortes Constitucionais possuem uma *função contra majoritária* como forma de proteger os interesses das minorias, não no sentido de oferecer um tratamento privilegiado, mas apenas garantir que as minorias não sejam suprimidas pelas majorias (e inclusive como pensamento hegemônico no Direito e na Sociedade). Outro ponto relevante é que a leitura democrática *limitada* ao processo de participação direta (sufrágios, referendos e plebiscitos) não se constitui como uma interpretação tacanha unicamente no senso comum brasileiro. Essa visão é contestada na experiência estrangeira.

Outro sintoma é o aumento do conservadorismo e dos discursos populistas, ocupando mais espaços de poder, bem como também utilizando os espaços de manifestação (físicos ou virtuais) que, ainda que tenham direito de fala e possam livremente expressar-se, abusam de uma perspectiva ilimitada e pervertem o uso dos meios de discussão para manifestações de hostilidade e ódio. Uma Teoria Geral da Democracia necessita de (re)pensar essa dimensão sobre os novos paradigmas: o atual estágio da globalização, a onda de valorização dos direitos humanos ou mesmo os avanços tecnológicos.

A discussão do efeito *backlash* dentro da temática das uniões homoafetivas e a fragilidade de sua proteção, a despeito dos avanços progressistas dos Direitos Humanos e da assimilação destes por parte do Judiciário dos Estados, se mostra atual e necessária.

A comunidade LGBTQ+ busca pelo reconhecimento de suas uniões civis como um instituto familiar há séculos. Historicamente, as uniões homoafetivas recebem, em termos gerais, aversão e rejeição social⁸¹³.

Cabe indicar que Pablo Antonio Lago faz, sobre a questão, uma correlação essencial (ainda que pontual) entre o reconhecimento das uniões homoafetivas e o respectivo efeito *backlash*, demonstrando que o debate público sobre essas uniões não é um assunto encerrado, permanecendo atual e relevante. Assim, traçando um factual paralelo entre Brasil e Bermudas, o autor destaca o exemplo brasileiro do promotor público do Estado de Santa Catarina que busca negar as licenças de casamentos homoafetivos (mesmo após se tratar de um direito reconhecido pelo STF e CNJ). Para Lago, há um paralelo desse fato brasileiro e o fato de que, em fevereiro de 2018, no Território Britânico Ultramarino das Bermudas, por via legislativa, ocorreu a revogação do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo – isso fez de Bermudas a primeira jurisdição no mundo a legalizar e, depois, revogar os casamentos de casais mesmo sexo⁸¹⁴ (LAGO, 2018, p. 1046).

Esse fato, em Bermudas, representou o primeiro caso no mundo em que houve superação legislativa (que é uma manifestação de *backlash*) após a Suprema Corte do país (que também tem a função de Corte Constitucional) ter positivado a possibilidade do casamento homoafetivo. Houve, na decisão da Suprema Corte, o reconhecimento de uma interpretação ampliada da concepção de família de modo a alterar a interpretação da lei nacional de casamento – entendendo que as disposições civis sobre a diversidade de sexos para constituir o casamento eram inconsistentes com o *Bermuda's Human Rights Act* (Lei de Direitos Humanos) por constituírem um tratamento diferenciado com base na orientação afetivo-sexual do indivíduo.

Não sem razão, Joana Brilhante faz um trocadilho pontual a respeito de um aspecto que faz Bermudas ser mundialmente conhecida, afirmando que se trata de um *mistério antigo e amplamente difundido que o Triângulo das Bermudas é conhecido por ser responsável por engolir milhares de vidas, de acidentes de avião a embarcações afundadas*. Acrescenta a autora que, atualmente, parece que o “triângulo” é capaz de

⁸¹³ Para uma leitura mais aprofundada da análise histórica das uniões homoafetivas, sugere-se a leitura de “Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay” de Richard Miskolci (2007).

⁸¹⁴ Essa manifestação de *backlash* com resultado em retrocesso de direitos fundamentais ocorreu poucos meses após o reconhecimento de casamentos lésbicos e gays pela Corte Constitucional daquele país

fazer desaparecer também os Direitos Humanos, particularmente, das pessoas LGBTQ+ (BRILHANTE, 2018, p. 01)⁸¹⁵.

Como caso paradigmático, o exemplo das Bermudas merece apreciação acadêmica por ter sido o país que manifestou o primeiro caso de *Efeito Backlash* no que se refere ao casamento igualitário⁸¹⁶. O caso é duplamente especial, pois a Lei que promoveu a superação legislativa (*Backlash*) foi objeto de controle judicial por parte da Suprema Corte das Bermudas que a considerou inconstitucional nos dispositivos discriminatórios (retornando a palavra final para a Corte), mesmo sendo a superação legislativa ideologicamente amparada por um referendo anterior sobre o tema. O caso envolve elementos caros ao debate do constitucionalismo contemporâneo por apresentar ingredientes paradigmáticos nas discussões mais recorrentes: direitos fundamentais, *backlash*, separação de poderes, vontade popular, entre outros.

O Ocidente destacou-se pela construção da imagem de sociedade guardiã da liberdade, independência, razão e, conseqüentemente, dos Direitos Humanos. A lógica de “universalidade” desses direitos é resultado dessa hegemonia europeia na construção de uma cultura jurídica para o Ocidente, mas aparentemente essa universalidade não alcança Bermudas. Merece ainda o destaque que essa contradição se dá em um território britânico conhecido por ter sua constituição “grandemente influenciada” pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. É contraditório ter uma construção constitucional que garanta e contempla direitos e liberdades fundamentais, mas possibilita uma lei “inconstitucional”. É válido destacar que o Reino Unido, teve significativa representação na elaboração dos princípios de Yogyakarta (2007), e foi em seu território que ocorreu uma invalidação histórica de direitos (BRILHANTE, 2018, p. 02-03).

⁸¹⁵ Joana Brilhante promove uma análise das notícias locais das Bermudas (*The Royal Gazette; Bernews e Rainbow Alliance das Bermudas*) e internacionais (*Pink News; The Guardian; Gay Guard; Gay Times; Independent e Reuters*), buscando identificar como as questões LGBTQ + podem se tornar campos de batalha ideológicos em espaços políticos (também pelo relatório da ILGA, 2017), buscando promover um relato de caso feito por meio do levantamento de algumas das notícias publicadas sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo nas Bermudas de 2016 a 2018. Sugere-se a leitura do artigo completo: *Bermuda's Triangle: The Crash of LGBTQ+ Rights* (2018).

⁸¹⁶ É preciso destacar que em outros locais do mundo aconteceram ações similares, como na Califórnia (EUA), nesse caso após um referendo, mas a decisão foi revertida pelos tribunais federais do país, ou mesmo no Brasil quando o Distrito Federal (DF) promulgou a Lei Distrital 6.160/2018, e com isso passou a estabelecer as diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal. Essa legislação do DF retrocedia no conceito de família como núcleo familiar formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável excluindo todas as outras configurações de família (a Lei foi considerada inconstitucional nos dispositivos discriminatórios nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5971). Mesmo nesses casos, entretanto, não houve uma tentativa de superação legislativa com efeitos nacionais, o que demonstra a relevância do estudo em destaque.

Assim, as questões principais objeto dessa análise envolvem (i) identificar se podem as Supremas Cortes declarar a inconstitucionalidade de atos normativos oriundos do Parlamento, posto que esses atos normativos sejam objeto de chancela/validação popular. Também, à luz do caso das Bermudas, é importante verificar se (ii) a primazia da Constituição está acima da vontade popular manifesta em instrumentos de participação ou se há valores que se sobrepõe ao princípio majoritário.

A reflexão no presente capítulo perpassa pelo campo da teoria jurídica, analisando cenários contemporâneos e (talvez) futuros, na tentativa de entender o panorama nacional, por meio de uma correlação específica da realidade alienígena (e potencialmente global) que encontra pontos de aproximação (movimentos conservadores, insegurança vivenciada pelas minorias por força de discursos de ódio) com o cenário brasileiro.

A decisão da Suprema Corte das Bermudas (quando decidiu sobre o tema em 2017) tomou uma postura que muito se aproxima da adotada no Brasil pelo CNJ, visto que aquela Corte emitiu uma ordem obrigatória determinando que os escrivães publicassem os proclamas de casamento para os casais de mesmo sexo que se inscrevessem, tornando o direito ao casamento um direito existente tanto internamente como a bordo dos navios devidamente registrados nas Bermudas. O caso das Bermudas é pertinente, pois, como destacado por Marc Johnson, ainda que se trate de um direito criado no âmbito do sistema jurídico das Bermudas, há uma relevância quanto ao raciocínio jurídico construído pelo país ser um território britânico ultramarino e, por isso, ter laços com o Reino Unido e com a Europa (JOHNSON, 2018, p. 07).

Como contribuição ao debate, o presente capítulo também faz alusão à teoria canadense do *living tree doctrine* (Doutrina da Árvore Viva) que, segundo articulistas do caso, poderia ser aplicável ao contexto decisório das Bermudas, visto sua flexibilidade teórica em estabelecer ligações com os direitos humanos em Bermudas, no Reino Unido (do qual a ilha faz parte) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos que seria aplicável também ao território das Bermudas. As contextualizações consideram princípios teóricos do Reino Unido e da Europa no sentido de expansão das questões constitucionais relativas ao casamento entre pessoas do mesmo sexo no território das Bermudas, especialmente frente a *living tree doctrine* que possibilita uma interpretação mais ampliada da Constituição. Destaca-se que muitos desses princípios também são aplicáveis ao contexto brasileiro, como o princípio da igualdade, o Estado de Direito, regra majoritária e pensamento de identidade (JOHNSON, 2018, p. 03-04).

Marc Johnson informa que o *Commonwealth*⁸¹⁷ apresenta, já há algum tempo, inconsistências legislativas e relativas ao *common law* (referentes aos países que compõe de forma ampla o Reino Unido), de modo que essas inconsistências têm sido questionadas perante o *Judicial Committee of the Privy Council* (JCPC)⁸¹⁸, e isso tem produzido o estabelecimento de doutrinas inovadoras. Uma dessas doutrinas é a *living tree doctrine* como teoria constitucional estabelecida referente à Constituição canadense, no início do século XX, com o *Caso Edwards* (em 1930)⁸¹⁹. Essa doutrina compreende a Constituição não como um documento fixo cuja interpretação deva sempre buscar seu sentido original, mas como uma “árvore viva” e com isso querendo dizer que é uma entidade viva com capacidade para se desenvolver e “evoluir” como reflexo da sociedade (que também “evolui”). A teoria operacionaliza uma abordagem ativista do Judiciário buscando garantir que as leis (e a Constituição) reflitam a sociedade de seu tempo. O Caso Edwards ainda foi relevante para a jurisprudência do JCPC por introduzir (ou, ao menos, considerar), o princípio da igualdade perante a lei sem viés discriminatório (JOHNSON, 2018, p. 04-05).

De modo a otimizar as análises para que sejam melhor aproveitadas nas reflexões sobre a realidade brasileira, as considerações acompanham os questionamentos de Johnson sobre se: (i) o *Bermuda’s Human Rights Act* possui autoridade suficiente para expandir os direitos constitucionais (direitos fundamentais); e se (ii) a Constituição, em sua natureza viva, tem capacidade de contrair e expandir permitindo a remoção de direitos legalmente concedidos (no sentido aqui de questionar se caberia aplicação do princípio da vedação ao retrocesso); (iii) considerando a

⁸¹⁷ A *Commonwealth* é uma associação formada em 1949 de Estados que faziam parte do Império Britânico. No livro de 2013 *Human Rights, sexual Orientation and gender identity in the Commonwealth: struggles for decriminalisation and change*, Corinne Lennox, Matthew Waites e vários outros colaboradores discorrem que a discriminação em face de algumas sexualidades no Commonwealth seja um legado das antigas leis de “sodomia” do Império Britânico (BRILHANTE, 2018, p. 02)

⁸¹⁸ Em livre tradução “Comitê Judiciário do Conselho Privado”, que tem a função, por assim dizer, de Tribunal Imperial, julgando matérias de direito comum e servindo como instância máxima de questionamento dos países do *Commonwealth*.

⁸¹⁹ Ver: *Edwards v Canada* [1930] A.C. 124, 1929 U.K.P.C. 86. Conforme explicado por Marc Johnson, o caso envolveu a discussão quanto à proibição de mulheres se tornarem senadoras no Canadá. Ao julgar o tema a Suprema Corte do Canadá considerou que as mulheres eram inelegíveis por dois motivos: (i) a *Common Law* canadense não autorizava que as mulheres ocupassem o cargo; e (ii) as mulheres não eram “pessoas” usando uma leitura restrita da palavra na *British North America Act 1867* e que havia uma ênfase masculina no texto normativo. Com base no princípio do Direito Comum e a limitação legislativa, a Suprema Corte do Canadá manteve a proibição de as mulheres se tornarem senadoras canadenses. Quando o recurso foi ao JCPC, a autoridade predominante declarou que não se deveriam aplicar na atualidade rigidamente ao Canadá as decisões e os raciocínios que eram dotadas de razão, e por isso recomendados, na época de criação da norma discriminatória. Nesse sentido, a *Common Law* envolve aplicação da lei *em diferentes circunstâncias, em diferentes séculos, a países em diferentes estágios de desenvolvimento* (2018, p. 04-05).

complexidade da questão, como o JCPC atenderia o potencial apelo se mantendo ou retirando o direito de casamento entre pessoas do mesmo sexo em Bermudas (JOHNSON, 2018, p. 06).

O reconhecimento dos direitos de minorias é um processo descontinuado e multifacetado, o qual não prescinde lutas no plano social, jurídico e político. Com razão, Rudolf von Ihering afirma, em sua “A luta pelo Direito”, que o Direito não é apenas teoria, mas “uma força viva”, consideração esta que, sendo todos os direitos frutos de lutas e trabalho incessante, tem ainda mais validade para as minorias que são social e juridicamente marginalizadas. Nesse sentido, como destacado por Joana Brilhante, a orientação afetivo-sexual e a identidade de gênero figuram entre alguns dos tópicos mais sensíveis ao tema dos direitos humanos, e, por serem controversos, pessoas não-heterossexuais e não-conformistas de gênero se percebem em posições inseguras e/ou injustas – realidade particularmente presente nos países do Commonwealth (BRILHANTE, 2018, p. 01-02).

A promulgação do *Partnership Act 2018* nas Bermudas possui reflexos violadores dos direitos humano-fundamentais presentes na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸²⁰ e, mesmo que a Convenção não preveja expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, trata-se de um “instrumento vivo”⁸²¹ interpretável à luz de condições atuais. Acrescenta-se que a CEDH deve ser interpretada à luz de princípios relevantes do Direito Internacional (presentes nos instrumentos normativos – convenções e tratados – e nas jurisprudências relevantes)⁸²², o que inclui o princípio do não retrocesso (ou não regresso)⁸²³ estabelecido nos instrumentos internacionais como o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (ALEGRE, 2018, p. 01).

Assim, as ponderações constantes no presente capítulo consideram a aplicabilidade também dos instrumentos internacionais sobre a garantia de não retrocesso a respeito do casamento homoafetivo em Bermudas, incluindo a positivação do direito de casais do mesmo sexo de se casarem como um direito fundamental e que (por existir na jurisdição) não pode ser restringido ou revogado, ainda que sob o pretexto de não existir expressamente nas Constituições ou Tratados e Convenções

⁸²⁰ Como o direito à vida privada e familiar, presente no Art. 08, e a proibição de discriminação no gozo de direitos, constante no Art. 14 da CEDH.

⁸²¹ Como consolidado no âmbito do direito comunitário europeu pelo precedente *Tyler vs UK* (1978).

⁸²² Como estabelecido em *Demir e Baraka vs Turquia* (2008).

⁸²³ Em inglês comumente conhecido como “principle of non-retrogression” ou “principle of non-regression”.

Internacionais. À luz das normativas internacionais (como a CEDH) o tratamento discriminatório é, *per se*, uma violação aos direitos humanos (ALEGRE, 2018, p. 01).

Ainda que se entenda que a (trans)formação do Direito envolve a ocupação de espaços no plano político, o amadurecimento das bases argumentativas racionais que legitimam a mudança epistemológica do reconhecimento de direitos (garantindo sua aplicação com igualdade como indivíduos com vivências distintas), deve enfrentar uma arquitetura nas estruturas de poder que impede a penetração nesses espaços por parte de grupos minoritários e marginalizados.

A arena política tradicional (onde se insere a produção legislativa parlamentar) nem sempre coloca em suas pautas questões polêmicas por razões de cunho moralista ou conservador. Não se nega que o Parlamento seria o local adequado para a discussão de temas de interesse social, podendo-se mesmo afirmar que é a ali o *locus* de dissenso (reclames de interesses distintos) e encontro de horizontes de compreensão, para uma produção legislativa com qualidade democrática. Entretanto, o Legislativo, sob pena de perder capital político-eleitoral, se mantém omissivo, o que resulta em (quase) total silêncio nas propostas normativas. Em muitos sistemas jurídicos, a arquitetura política e social oferece pouco espaço para mudança dessa realidade pelos meios democráticos de participação direta, especialmente quando existem sujeitos sociais reacionários que, por fundamentalismo religioso, buscam manter um “estado de coisas inconstitucional” como instrumento de poder.

É necessário destacar que, embora haja avanços em relação aos direitos das pessoas LGBTQ+ (vitórias atribuíveis a uma miríade de diferentes razões como movimentos sociais e o crescimento do secularismo), o caso das Bermudas se apresenta como uma reversão histórica e reforça, para os defensores dos direitos humanos, que não há direitos irreversíveis (ALEGRE, 2018, p. 02). Também o caso das Bermudas, como na experiência brasileira, demonstra que o sistema democrático-constitucional legitima as Cortes como janelas de representação democrática e aperfeiçoamento do sistema jurídico e democrático.

Nesse sentido, dadas as limitações nos mecanismos democráticos tradicionais ou, por assim dizer, (im)postos, os grupos minoritários enxergam como única alternativa eficaz para a apreciação de suas demandas a via Judicial como nova arena de disputa democrática. O reconhecimento da união homoafetiva se inclui dentro dessas situações. A história recente do direito nacional e internacional demonstra que a área de

efetivação do direito homoafetivo à constituição familiar se deu no palco da jurisdição constitucional em muitos casos (como demonstrado na Parte II, da presente tese).

Cabe considerar, para a construção de um cenário jurídico-prospectivo (futuro), que é preciso explorar e descrever cenários jurídicos atuais, para que, assim, as reflexões as quais se seguem possam considerar as perspectivas constitucionais e de direitos humanos a respeito do casamento igualitário em Bermudas, com potenciais acréscimos doutrinários outros que permitam uma análise dialogal com as tendências jurídico-doutrinárias brasileiras.

11.1. Reconhecimento do casamento igualitário no Direito em Bermudas

As Bermudas (ou *Bermuda*, como no original, em inglês) são o território mais antigo da Grã-Bretanha, um arquipélago constituído por 7 ilhas, organizadas em uma ilha principal e conectadas por pontes rodoviárias que as unem em uma única e, além disso, mais de cem ilhotas. O arquipélago é um território ultramarino britânico autônomo, membro da Commonwealth e, embora as Bermudas não pertençam ao Território do Caribe, é comum vê-las associadas devido ao fato de serem geograficamente próximas e as Bermudas fazerem parte de várias organizações regionais, como o exemplo da *Caribbean Community* ou Comunidade do Caribe – CARICOM (BRILHANTE, 2018, p. 05-06).

No que se refere à diversidade religiosa, conforme dados⁸²⁴ coletados pela *Pew Research Center – The Global Religious Landscape* em 2010, 75% seguiam o cristianismo, a religiosidade popular contava com 3%, os Islâmicos eram 1,1%, seguindo o Budismo havia 0,5%, seguidores do Judaísmo eram 0,3%, outras religiões 0,7% e pessoas sem religião representavam 19,4% da população (PEW RESEARCH CENTER, 2014)⁸²⁵.

A população hoje conta com mais de 62 mil habitantes. A Constituição do país é datada de 1968 e foi emendada cinco vezes. O texto constitucional concede ao Território um autogoverno interno quase completo, deixando o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte com um número mínimo de controles constitucionais. O Governador (*Governor and Commander-in-Chief*) é nomeado pela coroa britânica,

⁸²⁴ A tabela Índice de Diversidade Religiosa (*Religious Diversity Index*, no original) é baseada nas pontuações do índice em Diversidade Religiosa Global (*Global Religious Diversity*).

⁸²⁵ A população de Bermudas à época da pesquisa era de 60.000 pessoas.

sendo responsável pela Defesa, assuntos externos, segurança interna e pela força policial (ONU, 2015, p. 04).

O Território possui um sistema parlamentar de governo, composto por um governador, um vice-governador, um gabinete e uma legislatura bicameral⁸²⁶. O Governador nomeia como *Premier* (Primeiro Ministro) o membro da *House of Assembly* que parece mais capaz de comandar a confiança da maioria dos 36 membros da Câmara, cada um dos quais representa um círculo eleitoral parlamentar. O *Premier* dirige um gabinete que não pode incluir mais de 14 membros do Legislativo (ONU, 2015, p. 04).

A lei e o sistema legal das Bermudas baseiam-se no direito comum inglês e nos princípios de equidade, lei estatutária inglesa (em vigor desde 1612) e atos do Parlamento das Bermudas aprovados desde então. O Judiciário é nomeado a conselho do *Chief Justice*. Existem três tribunais: o Tribunal de Magistrados (*Magistrates' Court*), a Suprema Corte (*Supreme Court*) e o Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*). A Lei de Territórios Ultramarinos Britânicos (*The British Overseas Territories Act*) de 2002 prevê a concessão da cidadania britânica a cidadãos de territórios britânicos no exterior (ONU, 2015, p. 04).

O sistema eleitoral funciona com eleições periódicas, os eleitores nas eleições gerais ou referendos devem ter 18 anos de idade e ser bermudenses por nascimento ou status, e eleitores não-bermudenses precisam ser registrados nos termos da legislação local (ONU, 2015, p. 04).

Assim como territórios ultramarinos do Reino Unido, Bermudas e os demais têm seu próprio sistema jurídico e leis e, nas questões de Direitos Humanos, todos eles (Reino Unido e Territórios) compartilham uma agenda. Como destacado por Joana Brilhante, na Commonwealth, por meio do *White Paper*, elaborado pelo escritório do *Foreign & Commonwealth* (em 2012) apresentado ao parlamento britânico, consta que o Reino Unido espera que os Territórios cumpram os mesmos padrões básicos de direitos humanos que o Governo Central. Além disso, o documento destaca que a aprovação das novas Constituições dos Territórios incluiu capítulos novos ou fortalecidos de direitos humanos como um reflexo de normas como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), em particular, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, destacando-se um progresso significativo na extensão das

⁸²⁶ O Parlamento das Bermudas, como sistema bicameral, é composto pela *House of Assembly* (com 36 membros eleitos com mandatos de cinco anos) e o *Senate* (com 11 membros indicados).

principais convenções da ONU em matéria de direitos humanos aos Territórios. O documento estabelece como uma postura (e uma prática) de longa data do governo do Reino Unido o incentivo aos Territórios para que concordem com a extensão das convenções das Nações Unidas sobre direitos humanos que o Governo Central ratificou (BRILHANTE, 2018, p. 06-07).

Entretanto, no território das Bermudas, o direito de casais do mesmo sexo se casarem foi positivado somente no ano de 2017, via decisão da Suprema Corte daquele país, no caso *W. Godwin et al.*⁸²⁷, processo que discutiu se a disposição sobre casamento no *Marriage Act de 1944* era discriminatório por não permitir o casamento homoafetivo (JOHNSON, 2018, p. 07). Isso se deu por meio do julgamento: *Winston Godwin and Greg Deroche v. The Registrar General et al. 2016 n. 259*, com decisão publicada em 5 de maio de 2017, o casamento homoafetivo foi reconhecido conforme as regras judiciais das Bermudas⁸²⁸, pela *Puisne Judge*⁸²⁹ Charles-Etta Simmons. A decisão levou em consideração diversas normativas nacionais e internacionais⁸³⁰, reconhecendo que o tema sobre a existência do direito ao casamento para pessoas do mesmo sexo é controverso de acordo com o Direito nas Bermudas. A *Supreme Court* na introdução do *judgment* reconheceu que argumentos favoráveis e contrários foram levantados nos espaços públicos e privados, refletindo valores e crenças, normas culturais, morais e religiosas e que acabaram por ascender à arena política (BERMUDA, 2017, p. 03)⁸³¹.

Na análise dos fatos do caso, descreve a decisão que os petionários do processo são ambos homens, possuem um relacionamento romântico desde 2015 (quando se conheceram no Canadá) e, por um dos integrantes do casal residir em Bermuda, pleiteiam o direito de se casarem, independentemente de seu gênero, no país onde fizeram sua residência e domicílio.

O casal, orientado pelos advogados, fez todos os procedimentos burocráticos exigidos de acordo com o *Marriage Act 1944*. Em correspondência aos advogados, o

⁸²⁷ *W Godwin et al. v Registrar General [2017] S.C. (Bda) 36 Civ.*

⁸²⁸ Nos termos da *Order 53 of the Rules of The Supreme Court (1985)* que versa sobre as regras aplicáveis para a *judicial review*.

⁸²⁹ *Puisne Judge* é um termo usado no direito inglês para se referir a qualquer juiz da *Supreme Court* que não é o *Chief Justice* (Presidente da Corte).

⁸³⁰ Considerou-se para a decisão em resumo: “Judicial Review-provisions of the Human Rights Act 1981 prohibiting discrimination on basis of sexual orientation – judicial interpretation of ‘Services’ – whether prior decisions of the court decided per in curium – provision of the Matrimonial Causes Act 1973 regarding void marriages – provisions of the Marriage Act 1944 – Human Rights Act 1981 discrimination on the basis of sexual orientation” (BERMUDA, 2017, p. 02). É possível dizer que, para fins da decisão esse trecho é como uma pequena ementa.

⁸³¹ A observação da Corte nesse caso permite reforçar a ideia de que a arena judicial (especialmente sobre desacordos morais em sede de cortes superiores) também representa um espaço democrático de discussão.

Registrar General (o Notário, responsável por emitir as licenças e contratação de casamentos civis), em 6 e 7 de julho de 2016, se recusou a emitir a licença. O *Registrar General* fundamentou a negativa com base na *section 13 of the Marriage Act*, que deve ser lida em conjunto com o *Matrimonial Causes Act 1974, section 15 (c)*, que estabelece tal união como nula em razão das partes não serem respectivamente “male and female”. Posteriormente (em 19 de julho daquele mesmo ano), o *Registrar* afastou seu posicionamento das cartas anteriores e declarou que procuraria parecer do *Attorney General* (Procurar Geral).

Foi solicitado o *judicial review* em face da recusa do Notário em processar o pedido de casamento, tendo como posição que a recusa pelas razões dadas é uma violação ao disposto na normativa interna: o *Human Rights Act 1981*. No *judicial review*, os requerimentos foram que: a) fosse emitida uma *order of mandamus* obrigando o Notário a processar com o registro do pedido de acordo com o *Marriage Act*; e b) fosse emitida uma declaração de que casais do mesmo sexo têm o mesmo direito de contraírem matrimônio que casais hétero sob o *Marriage Act* (BERMUDA, 2017, p. 04-05).

O *judgment*, de início, destaca que muitos países têm enfrentado a questão da dimensão e limites do conceito de família⁸³², e cita, oportunamente, o reconhecimento da união homoafetiva pela Suprema Corte dos Estados Unidos, na decisão do caso *Obergefell et al. v. Hodges* 876 U.S. (2015). Na mencionada decisão, o *Justice Anthony Kennedy* discorre sobre a importância histórica do casamento, seja em seu valor religioso/sagrado ou secular, possuindo uma dinâmica capaz de oferecer para duas pessoas uma vida que não poderia ser encontrada sozinha, nascendo de necessidades básicas, sendo essencial para “profundas esperanças e aspirações” (BERMUDA, 2017, p. 03).

O Primeiro Interveniente *Human Rights Commission* (HRC) ingressou no processo (apoiando os autores da ação). Essa Comissão foi criada pela *Human Rights Act* para administrar questões pertinentes aos direitos humanos naquele território, e que por isso, teria legitimidade para atuar no processo, além do tema (e questões subjacentes) ser de interesse para toda a comunidade das Bermudas (cidadãos e pessoas residentes) que buscam por proteção do *HRA*.

⁸³² Reforçando a ideia de que é possível pensar em uma teoria geral sobre o direito ao casamento sem discriminações em razão da orientação afetivo-sexual como uma preocupação internacional da Ciência Jurídica.

O Segundo Interveniente foi a *Preserve Marriage Bermuda Limited* (PMBL), organização que alegava apoiar iguais oportunidades e direitos para casais homoafetivos, mas que acreditava ser o casamento, por definição, a união entre homem e mulher. Foi a *Preserve Marriage* que atuou de forma central para que as uniões entre pessoas do mesmo sexo fosse objeto de um referendo em junho de 2016 como estratégia para “demonstrar” uma resistência da comunidade ao pedido (BERMUDA, 2017, p. 05)⁸³³.

O *Human Rights Act 1981* afirma na *Part I – Preliminary, s2 (2) (a) (iii)* que, para fins daquela lei, considera-se um ato de discriminação quando uma pessoa trata a outra de forma menos favorável do que lida ou lidaria com outras pessoas em geral, ou oferecem trato de modo diferente em razão de sexo ou orientação afetivo-sexual⁸³⁴ (BERMUDA, 1981, p. 03-04)

A discussão gira sobre uma interpretação de norma, em que os requerentes defendem que o preâmbulo da *Human Rights Act de 1981* encapsula perfeitamente o status da lei nas Bermudas ao considerar os direitos humanos fundamentais dos casais do mesmo sexo. Além disso, a Ordem Constitucional das Bermudas de 1968 protege a liberdade religiosa e permite que o secular e o religioso coexistam pacificamente. Analisando a legislação, a decisão afirma que o caso não envolve uma questão jurídica “difícil” ou de interpretação legal, envolvendo essencialmente uma construção da seção 24 do *Marriage Act*, seção 15 (c) do *Marriage Causes Act*, a análise das seções 2 (2), 5, 29 (1), 30B e 31 da *Human Rights Act*, em conjunto com a *Human Rights Amendment Act 2016* (BERMUDA, 2017, p. 06-07).

Além do assunto principal (direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo), a Decisão analisou, como matéria preliminar, sobre se *Hansard*⁸³⁵ poderia ou não ser

⁸³³ A decisão da Suprema Corte menciona que o referendo foi um fracasso, mas o PMBL afirma em suas alegações que os resultados coletados representam a maioria da população que é contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁸³⁴ No original: *Part I Preliminary, 2 Interpretation (2) For the purposes of This Act a person shall be deemed to discriminate against another person – (a) if he treats him less favourably than he treats or would treat other persons generally or refuses or deliberately omits to enter into any contract or arrangement with him on the like terms and the like circumstances as in the case of other persons generally or deliberately treats him differently to other persons because – (iii) of his sex or sexual orientation.*

⁸³⁵ Cabe a explicação que o *Hansard* é o nome que se dá aos relatórios oficiais dos debates parlamentares no processo legislativo, servindo como uma fonte de interpretação da lei sempre que a legislação ordinária for ambígua ou obscura. O entendimento dessa possibilidade se deu na *House of Lords* com o caso *Pepper v. Hart* (1993). Como informado por Soares e Maciel a “decisão superou (*overruled*) o precedente que vigorava previamente, fixado em *Davis v. Johnson* (1978)”, aquele precedente “estabelecia que o *Hansard* não poderia ser consultado como fonte de interpretação da lei, por ser uma violação dos privilégios dos parlamentares” (2016, p. 158). É possível dizer que esse recurso tem a função de “alcançar” o que poderia ser entendido como “vontade do legislador” ao produzir a norma.

referido pelo Tribunal como um auxílio à construção da *Lei de Emenda aos Direitos Humanos* de 1981 (BERMUDA, 2017, p. 08).

A estratégia era vincular a decisão da Corte com a vontade do Parlamento, devendo ser aplicada a lei independentemente de a Suprema Corte discordar ou considerar injusto. Entretanto, a possibilidade de a Emenda ser utilizada, depois, em processos judiciais sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi suscitada nos debates e por alguns parlamentares. Então, trechos da Hansard, segundo a *Human Rights Commission*, mostrariam que sempre foi aceito pelo Parlamento que a Emenda poderia levar um Tribunal a concluir que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era permitido, mesmo que o acréscimo (via Emenda) não fosse diretamente sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas estava lidando com todas as formas de discriminação com base na orientação afetivo-sexual de forma geral (BERMUDA, 2017, p. 13). A Corte entendeu, conforme proposta argumentativa da *Human Rights Commission*, que o Parlamento “passou a bola” para as Cortes e que em nenhum momento se manifestaram no sentido de que a *Matrimonial Causes Act* estivesse fora da proteção da *Human Rights Act*, logo o Tribunal não estaria impedido de interpretar a discriminação com base na orientação afetivo-sexual como possível apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (BERMUDA, 2017, p. 14).

A Decisão considerou que, tendo resolvido sobre o uso da Hansard e a “opinião do Parlamento sobre o assunto”, o caso envolvia como questões principais: (i) se sobre a expressão *Casamento* existiria uma definição da *Common Law* e/ou uma disposição estatutária sobre o casamento que constituísse uma barreira ao casamento entre pessoas do mesmo sexo; (ii) no que referia ao termo *Discriminação*, se os Requerentes foram discriminados com base no sexo e/ou em sua orientação afetivo-sexual; e (iii) sobre *Serviço*, se o Notário executa um "serviço" conforme contemplado na seção 5 da HRA (BERMUDA, 2017, p. 14-15).

No que tange à primeira questão, argumentos contrários foram levantados sem reais novidades ao que existe nos debates brasileiros sobre o assunto e envolviam, entre outros: (i) procriação e aspectos reprodutivos (a função do casamento é criar filhos saudáveis e felizes); (ii) relacionamentos não conjugais não poderiam ser reconhecidos como casamento; (iii) que autorizar o casamento homoafetivo poderia “destruir” a sociedade alegando que “amenizaria as pressões sociais e diminuiria os incentivos - já reduzidos nas últimas décadas - para os maridos ficarem com suas esposas e filhos, ou para homens e mulheres se casarem antes de ter filhos” e (iv) que ainda que fosse

correto e adequado apresentar argumentos religiosos, esses argumentos não tinham condão religioso. Argumentos favoráveis envolviam a discriminação legal, o controle religioso da cultura, a heteronormatividade imposta pela cultura e exclusão casais de mesmo sexo, entre outros (BERMUDA, 2017, p. 16-19).

No que se refere ao termo *casamento*, a decisão discorreu como este instituto estaria definido em Bermudas, na *Common Law* e no *Marriage Act* e se essa definição representaria discriminação contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Corte discorreu que não havia definição legal de casamento em Bermudas e nem mesmo um precedente judicial local discutindo tal conceito, sendo a definição jurídica do casamento uma herança da cultura jurídica da Inglaterra. A definição estabelecida na *common law* foi formulada por Lord Penzance no caso *Hyde v Hyde and Woodmanse (1866) L.R. 1 P&D*, onde se afirmou que o casamento, como é entendido na cristandade, pode ser definido como a união voluntária para a vida de um homem e uma mulher, excluindo-se todos os outros⁸³⁶. Considerando que esse conceito é vinculativo ao Tribunal das Bermudas, a *Common Law* seria um obstáculo ao casamento homoafetivo (BERMUDA, 2017, p. 20).

No que se refere à previsão legal, o *Marriage Act 1944* não define o casamento, apenas dispondo que deve ser livremente celebrado pelas partes, realizado de maneira pública e formal e, após concluído, levado à registro. A lei não estabelece identificação de gênero ao usar o termo neutro “parte” em vários momentos quando se refere aos contraentes do matrimônio⁸³⁷. A vedação matrimonial está, entretanto, no *Matrimonial Causes Act 1974*, onde, na seção 15 (c) menciona a nulidade do casamento (fundamento que legitimou o Notário Geral a recusar o registro dos requerentes) quando as partes não forem, respectivamente, homem e mulher⁸³⁸ (BERMUDA, 2017, p. 20-22; BERMUDA, 1974, p. 11).

Considerando o *Matrimonial Causes Act*, é visível que à época (1944) o Parlamento bermudense conhecia o conceito da *Common Law* sobre o casamento ser

⁸³⁶ Tradução livre. No original “I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others”

⁸³⁷ Exceções presentes no *Marriage Act 1944* são as disposições presentes na section 23 “Celebration of marriage by Marriage Officer” (4) com expressões “he or she”, “husband” “wife” denotando gênero, assim como a section 24 “contracting of marriage before Registrar” (1) (b) onde são usadas as expressões “man and wife” e “husband”.

⁸³⁸ No original assim está disposto 15. *Grounds on which a marriage is void. A marriage celebrated after 31 December 1974 shall be void on the following grounds only, that is to say – (c) the parties are not respectively male and female.*

uma instituição entre um homem e uma mulher. De acordo com a seção 24, do *Marriage Act*, o Notário deveria indagar o consentimento das partes em se tornar “homem e mulher” e que as testemunhas reconheçam que cada parte considera(va) a outra como sua “esposa” ou “marido”, dependendo do caso o que, nos termos da Lei, não ofereceria escopo para limitar que as duas partes sejam “um marido” a outra “uma esposa”⁸³⁹. A questão seria afastar a seção 15 do *Matrimonial Causes Act*, mas o Notário não tem a discricionariedade de mudar a linguagem dessa seção 24 (1) (b) (BERMUDA, 2017, p. 24).

A decisão se manifestou no sentido de que a leitura da seção 28, do *Marriage Act*, (que versa sobre a nulidade do casamento) deve ser feita observando que qualquer outra disposição legal que verse sobre a nulidade do instituto deve ser considerada. Nesse sentido, seria preciso aplicar a nulidade prevista no *Matrimonial Causes Act* não se podendo, em um primeiro momento, afastar esse dispositivo, de modo que ambos os instrumentos legais se apresentam como um reflexo da *common law* no que se refere a impedir a união entre pessoas do mesmo sexo. Logo, o Notário Geral não parece ter agido irracionalmente ao recusar o procedimento de registro e o fez evitando o cometimento de crime à luz da seção 33, do *Marriage Act*, que pode resultar, inclusive, em prisão (BERMUDA, 2017, p. 24).

Entretanto, do impedimento legal não resulta necessariamente que o casamento igualitário seria indisponível no sistema jurídico das Bermudas contemporaneamente, sendo necessário avaliar os direitos, dispositivos e valores do caso à luz do *Human Rights Act* das Bermudas. Essa ponderação implica igualmente reconhecer que o *Human Rights Act* é resultado do reconhecimento do Parlamento sobre as mudanças internacionais, do Direito dos Tratados sobre os direitos humanos e, também, nacionalmente, com a mudança da sociedade bermudense sobre muitos temas como o conceito de família (BERMUDA, 2017, p. 24).

A decisão mencionou o reconhecimento do PMBL e o fato de que a sociedade mudou, bem como as alegações dos requerentes sobre como os direitos humanos são um valor importante na luta contra a discriminação histórica em face do casamento igualitário. Os requerentes do processo levantaram a tese de que, nas sociedades

⁸³⁹ Nesse sentido, uma parte poderia, nos termos dessa lei, considerar a outra como seu “marido” e esta, por sua vez, reconhecer a outra parte também como “marido”. Dito de outra forma, a lei determina que haja reconhecido dos termos “marido” e “esposa”, não que no casal existiria apenas uma parte reconhecida como “esposa” e a outra como “marido”. Entretanto, como destacado, o Notário Geral não possui poderes para interpretar a lei mudando a linguagem da seção em uma interpretação expansiva.

modernas, presencia-se o momento em que os Tribunais assumem protagonismo em favor de minorias e grupos vulneráveis, por força do precedente legal da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os requerentes defendem, perante a Suprema Corte das Bermudas, que é fácil se construir uma associação natural entre essas lutas da população LGBTQ+ e as lutas pelos direitos civis⁸⁴⁰. A Corte deveria, nesse sentido, garantir que os direitos, as liberdades e a dignidade de uma minoria fossem salvaguardados, com direitos, oportunidades, privilégios e justiça iguais (BERMUDA, 2017, p. 25).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos nas Bermudas está consignado no sistema jurídico do Território, por força do preâmbulo da *Human Rights Act*, que estabelece a aplicação de Convenções internacionais sobre a matéria e a realização de direitos fundamentais pela Constituição das Bermudas. O *Human Rights Act* (em seus considerandos) reconhece a dignidade humana, direitos iguais e inalienáveis, nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também consignando que a Convenção Europeia de Direitos Humanos se aplica às Bermudas. A Constituição das Bermudas por sua vez consagra os direitos e liberdades fundamentais sem discriminação de qualquer natureza, direitos e liberdades estes confirmados por várias promessas do Legislativo. É válido destacar que o documento declara a conveniência de que sejam tomadas as providências para que esses direitos sejam afirmados e protegidos (BERMUDA, 1981; BERMUDA, 2016; BERMUDA, 2017, p. 25-26).

É necessário observar que o PMBL reconheceu, no processo, as mudanças sociais e de atitude quanto às uniões homoafetivas, mas sustentou nos autos que o *Human Rights Act* não teria escopo para alterar a *common law* declarando-a inoperante⁸⁴¹. Nesse sentido, havia o argumento de que o *Marriage Act* é amparado pela *common law* e, mesmo que as disposições sobre o casamento fossem declaradas inoperantes, a *common law* prevaleceria continuando a ser um impedimento ao casamento igualitário (BERMUDA, 2017, p. 26). Entretanto, é relevante destacar que o dispositivo apontado pelo PMBL, na seção 29, afirma que a Suprema Corte tem o poder, nos termos da *Human Rights Act* de declarar inoperante qualquer disposição legal incompatível com os direitos declarados naquele instrumento. A seção 30B estabelece a primazia das normas da *Human Rights Act* (BERMUDA, 1981).

⁸⁴⁰ Aqui podendo significar tanto as lutas pelos direitos civis nos EUA como na África do Sul.

⁸⁴¹ Por entenderem que o conceito de casamento estabelecido no common law seria vinculativo e o Poder Judiciário não poderia afastar um “poder superior” por assim dizer.

É válido, nesse sentido, destacar que a Suprema Corte das Bermudas reconhece o *Human Rights Act* com o status *quase-constitucional*, entendimento este estabelecido pelo *Chief Justice Kawaley* no julgamento seminal do caso *Bermuda Bred Company v Minister of Home Affairs and the Attorney General [2005] Bda LR 106*. A decisão nesse caso reconheceu que os direitos protegidos pelo *Human Rights Act* não têm o status tão elevado quanto às disposições sobre os direitos e liberdades fundamentais presentes na Constituição das Bermudas, mas o Parlamento do país lhe conferiu um status *quase-constitucional*. A partir disso, o *Chief Justice* utilizou, à época, outro precedente: o caso *Minister of Home Affairs-v Fisher[1980] AC 319* (BERMUDA, 2017, p. 26-270).

No mencionado precedente, o *Judicial Committee of Privy Council* produziu orientações sobre como os direitos humanos previstos e protegidos pelo *Human Rights Act* seriam interpretados, visto que naquele caso o Lord Wilberforce observou que o Capítulo I da Constituição das Bermudas (1968) versa sobre a proteção de direitos fundamentais e liberdades individuais, da mesma forma (e como um fenômeno) presente em instrumentos constitucionais oriundos do período pós-colonial (como a Nigéria, a maioria dos territórios do Caribe, entre outros) sob forte influência da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (de 1953). Essa Convenção, assinada e ratificada pelo Reino Unido é aplicada aos territórios britânicos, o que inclui as Bermudas, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Tais disposições no Direito dos Tratados e a própria conformação do Capítulo I da Constituição das Bermudas exigem uma interpretação generosa ao invés de uma visão de “austeridade do legalismo tabulado”, de modo que a interpretação seja adequada para a plena fruição dos direitos e liberdades fundamentais.

Nesse sentido, como declarado pelo *Justice of Appeal Vancise*, no caso *Canadian Odeon Theatres Ltd-v-Saskatchewan Human Rights Commission and Huck [1985] 3WWR*, um estatuto que tenha a função de garantir direitos e liberdades fundamentais, e que proíba a discriminação no sentido de garantir a obtenção da dignidade, deve receber a interpretação mais ampla possível (BERMUDA, 2017, p. 27-28).

A Suprema Corte das Bermudas, à luz desses precedentes, entendeu que as regras de direitos humanos (com destaque para o *Human Rights Act*) são distintas, devendo ser interpretadas de forma ampla. Assim considerando, as seções 29 e 30B da *Human Rights Act* dão poderes suficientes para a Suprema Corte por se apresentarem como *cláusulas de primazia* (BERMUDA, 2017, p. 28-29).

Na discussão sobre o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nas Bermudas, os requeridos não sustentaram seus argumentos de que a seção 29 (que confere esses especiais poderes) não se aplicaria à *common law*, não indicando nenhuma autoridade local, da Commonwealth, ou inglesa, como suporte de suas alegações. A decisão, em razão disso, tomou por base a lógica simples que a expressão “qualquer disposição da lei” (presente na seção 29) também abrangeria a *common law*⁸⁴². No caso *Bermuda Bred*, o *Chief Justice* estabeleceu o entendimento de que as seções 29 e 30B devem ser lidas como poderosas disposições no que se refere ao poder de declarar inoperante uma disposição ofensiva aos direitos humanos, destacando ainda que a seção 29 abrange o direito constitucional e a *common law*, bem como qualquer outra⁸⁴³ (BERMUDA, 2017-29-30).

Esses precedentes e a compreensão da dimensão interpretativa da seção 29, da *Human Rights Act*, permitem que o Tribunal Constitucional das Bermudas afaste (declarando inoperante) a disposição da norma na medida em que limite a proteção legal apenas ao casamento heterossexual, não havendo nenhuma prova no processo que atribuisse a *common law* maior peso que o *Human Rights Act*. Assim, considerando que a definição de casamento em Bermudas (instituto regulado pelo *Marriage Act* e pelo *Matrimonial Causes Act*) não contemplam as mudanças sociais, ainda representando um entendimento da *common law*, é possível afastar as disposições discriminatórias⁸⁴⁴, pois elas não gozam do status de cláusula de primazia (BEMUDA, 2017, p. 30).

Adotando análise comparada para o caso, a Suprema Corte das Bermudas voltou seus olhos para a experiência do Tribunal Constitucional da África do Sul, jurisdição da Commonwealth, e passou por uma discussão similar, mesmo que aquela jurisdição não tenha autoridade persuasiva (como seria a autoridade da *House of Lords*) ou vinculativa (como seria uma decisão do *Privy Council*). Apesar disso, pela ausência de tais precedentes, a experiência sul-africana se apresenta como um caso relevante e instrutivo (BERMUDA, 2017, p. 30).

⁸⁴² A dimensão interpretativa do termo “disposição da lei” possui previsão legal presente na seção 2 do *Interpretation Act 1951* (Lei de Interpretação de 1951), na medida em que essa legislação afirma que *provision of law*, ou seja, “Provisão da lei”, significa *qualquer provisão da lei que tenha efeito vigente nas Bermudas*, o que, por essa razão, inclui qualquer provisão estatutária, provisão da lei comum, provisão da Constituição e qualquer direito ou poder que possa ser exercido em virtude de prerrogativa real.

⁸⁴³ Esse entendimento para a Suprema Corte no caso *Godwin-Deroche* (2017) seria aplicável para qualquer regulamento/norma promulgado pelo Executivo, o que indica a possibilidade de controle (judicial review) de atos de outros poderes (Legislativo e Executivo) nas Bermudas.

⁸⁴⁴ Caso seja possível demonstrar o tratamento discriminatório da disposição.

O caso sul-africano apontado pela Suprema Corte das Bermudas, o *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (2005) ZACC 19*, pode ser resumido da seguinte forma: as requerentes naquele processo queriam se casar, mas eram impedidas por serem ambas mulheres e naquele país nem a lei estatutária nem a *common law* previam a possibilidade do casamento igualitário, visto que a definição consagrada de casamento seria “a união entre um homem e uma mulher”. Assim como nas Bermudas, o *Marriage Act* sul-africano, na seção 30 (1) previam as expressões “wife” e “husband”. No caso *Minister of Home Affairs and Another v Justice Sachs* considerou que a *common law* e a seção 30 (1) eram incompatíveis com disposições constitucionais⁸⁴⁵, de modo que ao Tribunal competia declarar como tal qualquer disposição que fosse constitucionalmente incompatível⁸⁴⁶ (BERMUDA, 2017, p. 30-31).

Após determinar que a lei bermudense é um obstáculo ao acesso de pessoas do mesmo sexo a contraírem matrimônio, a Corte passou a analisar que a decisão envolvia a relevante discussão sobre se haveria ou não tratamento discriminatório nessa situação em razão da orientação afetivo-sexual. Se houvesse, a lei bermudense poderia ser afastada, sendo declarada inoperante.

Observando que a definição de casamento exclui casais do mesmo sexo e inclui apenas casais heterossexuais, a lei bermudense gera exclusão e nega o benefício do casamento aos requerentes (bem como aos demais casais em igual situação) e, em virtude da seção 2 (2) da *Human Rights Act*, isso resulta em discriminação. Sob essa questão a Corte considerou válido suscitar o precedente *A and B v Director of Child and Family Services and the Attorney General [2015] Bda LR 13*, onde o Justice Hellman estabeleceu que se uma discriminação direta for alegada, o Tribunal deve analisar os fatos de modo que, se for identificada a discriminação, essa discriminação seja reconhecida como ilegal. À luz disso, a Suprema Corte em *Godwin-Deroche (2017)* destacou que as informações do processo apontavam para o fato que o Notário Geral se recusou a processar administrativamente os pedidos dos requerentes com base na orientação afetivo-sexual deles. Essa discriminação, em virtude da seção 2 (2) (a) do *Human Rights Act*, seria ilegal se o processamento de registro se enquadrasse na categoria de *serviços*, como estabelecido na seção 5 (1) daquela lei (BERMUDA, 2017, p. 31-33).

⁸⁴⁵ *A priori*, a seção 24 (1) (b) do *Marriage Act*, a seção 15 (c) do *Matrimonial Causes Act* e a definição de casamento no direito consuetudinário são um impedimento ao casamento igualitário em Bermudas (BERMUDA, 2017, p. 31).

⁸⁴⁶ O caso, como se observa, possui paralelos significativos com o caso analisado nas Bermudas.

A Suprema Corte das Bermudas sublinhou, nessa decisão, a relevância do reconhecimento da dignidade e igualdade humana e direitos inalienáveis de toda a família humana como aspectos levantados pelos intervenientes no processo, bem como por estarem presentes no preâmbulo do *Human Rights Act*. Nesse sentido, há uma prevalência na apreciação da Suprema Corte sobre como o tema envolve considerar a dura realidade de discriminação sofrida por casais do mesmo sexo a quem historicamente foi negado o tratamento igual nas leis de casamento⁸⁴⁷. Consequentemente, com essa resposta, negaram-se benefícios e responsabilidades, bem como foi perpetuada uma forma de violência, como se casais do mesmo sexo fossem “estranhos”, “errados” e menos importantes (assim como seus sentimentos seriam errados, estranhos e de menos valor) de que os casais heterossexuais. Em resumo, esse tratamento discriminatório oriundo da lei reforça uma discriminação social e a ideia de que pessoas homossexuais não se qualificariam para receber a preocupação moral e o respeito completos que a Constituição das Bermudas (e sul-africana) garante a todos os cidadãos (BERMUDA, 2017, p. 33).

A discriminação no acesso ao instituto do casamento (em uma perspectiva geral) e a negativa do registro do casamento igualitário aos requerentes do processo por força das leis bermudenses (em específico) foram reconhecidos como potencialmente discriminatórios e poderiam ser inconsistentes com o *Human Rights Act*, seção 5⁸⁴⁸, em sendo possível reconhecer a atuação do Notário Geral como um *serviço* (BERMUDA, 2017, p. 33-34).

⁸⁴⁷ A Corte em sua argumentação seguiu o entendimento do Justice Sachs da Suprema Corte da África do Sul que também atribuiu valor à essas questões socioculturais em sua decisão.

⁸⁴⁸ A discussão é importante, pois a seção 5 do *Human Rights Act* protege contra discriminação na prestação de um serviço, sendo necessário para o caso observar se Notário executa um “serviço”. O dispositivo mencionado prevê que a discriminação pode ocorrer quando uma pessoa tiver negado o fornecimento de quaisquer bens, instalações ou serviços em várias circunstâncias, nos seguintes termos (em tradução livre) “(1) Nenhuma pessoa deve discriminar qualquer outra pessoa devido à idade ou de qualquer das formas estabelecidas na seção 2 (2) no fornecimento de quaisquer bens, instalações ou serviços, mediante pagamento ou de outra forma, quando tal pessoa estiver procurar obter ou usar esses bens, instalações ou serviços, recusando-se ou omitindo-o deliberadamente para fornecer a ele algum deles ou para fornecer bens, serviços ou instalações da mesma qualidade, da mesma maneira e nos mesmos termos em e em que o primeiro normalmente os disponibiliza a outros membros do público. (2) As instalações e serviços mencionados na subseção (1) incluem, mas não estão limitados ao seguinte, a saber: acesso e uso de qualquer lugar em que membros do público possam entrar; alojamento em hotel, pensão temporária ou outro estabelecimento similar; facilidades por meio de banco ou seguro ou para subvenções, empréstimos, crédito ou financiamento; instalações para educação, instrução ou treinamento; instalações para entretenimento, recreação ou refresco; instalações para transporte ou viagem; os serviços de qualquer empresa, profissão ou comércio ou autoridade local ou outra autoridade pública” (BERMUDA, 2017, p. 34-35).

A discussão sobre se seria ou não um serviço basicamente orbitou em saber: (i) se o ato praticado pelo Notário Geral seria um serviço, pois a seção 31 se referia a um ato praticado por pessoa privada; e (ii) se nos precedentes do caso *A e B* e do caso *Bermuda Bred* houve uma interpretação generosa e proposital para considerar o termo “serviço”, pois que aparentemente elas não se referiam a seção 31, e ainda, (iii) se o casamento seria um serviço. A Suprema Corte das Bermudas a partir dos dispositivos legais⁸⁴⁹ e precedentes⁸⁵⁰ considerou que a atuação jurisprudencial indicava a interpretação que atos na busca de políticas ou funções governamentais se enquadram no conceito de serviço, pois essa seção do *Human Rights Act* deve ser interpretada de forma ampla e não restrita, de modo que se aplica, igualmente, ao caso em questão analisando pela Suprema Corte. Assim o entendimento da Corte Constitucional foi que os requerentes procuraram pela prestação de serviços do Notário ao enviar a notificação de que pretendiam se casar (o *Notice of Intended Marriage*) como é exigido pelo *Marriage Act*, nas seções 13 e 14, mas que tiveram o pedido recusado com base em sua orientação afetivo-sexual, constituindo-se tratamento discriminatório e, portanto, contrário às seções 2 (2) (ii) e seção do *Human Rights Act*. Os precedentes sempre são indicadores potentes de uma intenção legislativa de dar o maior efeito possível aos direitos humanos protegidos (BERMUDA, 2017, p. 35-44).

O julgamento da Suprema Corte das Bermudas, no caso *W. Godwin-Deroche*, é lógico e coerente⁸⁵¹, por abordar tanto as normas internas do país – buscando construir uma visão integral do sistema jurídico – como pela perspectiva da influência da norma estrangeira. A Convenção Europeia de Direitos Humanos se aplica ao Direito das Bermudas como o próprio *Human Rights Act* estabelece, bem como pela autoridade do Reino Unido que estendeu a Convenção a praticamente todo o território dependente no

⁸⁴⁹ A seção 31 (1) é aplicável à Coroa e a seu serviço, seja em caráter civil, militar, por órgão estatutário ou em cargo estatutário. Por analogia a seção 85(1) do *UK Sex Discrimination Act 1975*; *Maritime Marriage Act 1999*, seções 3, 3A e 15;

⁸⁵⁰ O caso *In Re Amin [1983] 2 AC 818 (Amin)*, sobre imigração; o *Gichura v Home Office and another [2008] ICR 1287 a UK*, sobre discriminação em relação à pessoas com deficiência envolvendo a *Disability Discrimination Act 1995*, onde o Lord Justice of Appeal Buxton estabeleceu que atos em busca de políticas governamentais ou o desempenho de funções governamentais distintas não se enquadram no âmbito da prestação de serviço, o que afastaria o pedido dos Requerentes, aspecto suscitado pelos requeridos que foi afastado pelo uso do precedente do *Bermuda Bred* e por entender que o HRA aplica-se a atos praticados por Ministros do Governo e outros funcionários públicos da mesma maneira que se aplica a atos praticados por pessoas privadas; *Young v Bristol Airplane Company [1944]*, o *KB 718*; *Canada (Attorney-General)-v-Davis*; *Huddersfield Police Authority v Watson [1947] 2 All ER 193 at (196)*; *Aggio and others v Howard de Walden Estates Ltd [2007] 3 All ER 910 at [90]*; *Leighton Griffith and another v the Minister of Home Affairs et al. [2016] SC (Bda) 62 Civ.*

⁸⁵¹ Isso não significa dizer que não houve críticas sobre a decisão, sendo constatado por Johnson que “advogados razoáveis e leigos” discordassem publicamente da questão fundamental do direito de as pessoas homossexuais contraírem matrimônio (2018, p. 08).

ano de 1953, após a ratificação do documento em 1950. Logo, a adoção das disposições contidas na CEDH não foi uma novidade nesse processo ou na legislatura das Bermudas, ainda que existam inconsistências entre a lei bermudense e as proteções contra a discriminação presentes na Convenção e na jurisprudência de Estrasburgo (JOHNSON, 2018, p. 08-09).

A Suprema Corte das Bermudas considerou, por fim, que a definição da *common law* sobre o casamento, limitando-o à união entre um homem e uma mulher, como também está refletida na seção 24 do *Marriage Act* e seção 15 (c) do *Matrimonial Causes Act*, é inconsistente com as disposições presentes nas seções 2 (2) (c) (ii) e 5 do *Human Rights Act*, por constituírem-se (a definição e disposições normativas reflexas) em tratamento diferenciado por base na orientação afetivo-sexual e, portanto, discriminatória. A Corte se posicionou afirmando que o escopo presente no *Human Rights Act* abrange e reflete variáveis da Democracia contemporânea nas Bermudas, por meio de valores variados construídos na jurisprudência da Suprema Corte (ao acabar com a discriminação quanto à adoção por casais do mesmo sexo, no caso *A & B*, derrubar a legislação de imigração no que permitia o tratamento diferenciado quando se tratava de um casal não-bermudense heterossexual e quando era um casal não-bermudense homossexual com relação ao status de imigração, no caso *Bermuda Bred*). É justo dizer que o mundo está testemunhando a superação social, legal e cultural de definições de casamento como uma instituição unicamente heterossexual e com fins procriatórios, sendo esse tipo de visão discriminatória não mais compatível com a sociedade do século XXI. Assim, considerando que as funções do Notário Geral são um serviço, e que os requerentes do processo haviam sofrido discriminação por sua orientação afetivo-sexual – o que lhes negava uma série de direitos atinentes ao casamento e conseqüentemente prejudicando os filhos que eles pudessem vir a ter, a Suprema Corte atuou de forma protagonista para efetivar direitos humano-fundamentais (BERMUDA, 2017, p. 44-45).

Nas disposições finais da decisão, a Suprema Corte das Bermudas faz uma análise sobre os limites de sua atuação no exercício de sua jurisdição sobre o direito civil impondo um direito ao indivíduo para compensar o dano de um ato ilícito infligido. Ao contrário do que foi alegado pelos requeridos e intervenientes a eles partidários, ao decidir em favor dos requerentes a Corte não estaria introduzindo nova legislação para efetivar o *Human Rights Act* (o que poderia sugerir uma usurpação de

poderes), além de que isso seria desnecessário e a Corte não teria como fazê-lo (BERMUDA, 2017, p. 45-46).

A legislação (ou seja, a vontade do Parlamento) ofereceu instrumentos suficientes para que a Suprema Corte, por força do direito positivado, tivesse capacidade e autorização para declarar inoperante qualquer disposição que viole os direitos humanos previstos na *Human Rights Act*. A Corte considerou que as disposições do *Human Rights Act* são amplas o suficiente para que fosse possível uma reformulação do conceito de palavras desde que para maximizar os direitos (BERMUDA, 2017, p. 45-46).

A decisão levou em consideração, também, a inércia parlamentar que teve oportunidades de reformular o conceito de casamento, inclusive, na oportunidade de aprovação do *Human Rights Act*, em 1981, ou na aprovação do *Amendment Act*, em 2013. Nesse sentido, a Corte considerou que não havia razões para esperar que um novo projeto de lei fosse formulado e aprovado para disciplinar o assunto. Também entendeu que a sociedade bermudense teve oportunidade de decidir sobre a questão em 2016, mas a votação não atingiu o nível apropriado de participação⁸⁵², podendo-se, então, supor que o público, ciente da questão, optou por não se envolver no processo. Logo, após tais considerações, a Corte reconheceu que não cabia esperar que a legislação fosse revisitada pelo Parlamento, pois o direito comum é uma criatura de mudança, como estabelecido em precedentes anteriores⁸⁵³. Desse modo, a Suprema Corte das Bermudas, por meio de instrumentos concedidos pelo próprio Parlamento (cuja vontade está manifesta nas seções 29 e 30 do *Human Rights Act*), agiu de forma adequada ao desenvolver o direito e, para que pudesse haver coesão interna, cabia ao Tribunal Constitucional corrigir as seções inconsistentes do *Marriage Act* e do *Matrimonial Causes Act* nos moldes da decisão (BERMUDA, 2017, p. 46-47).

A Suprema Corte das Bermudas, desse modo, concedeu aos requerentes (i) o direito a uma *Order of Mandamus* que obrigou o Notário Geral a proceder com o registro pleiteado por eles conforme os requisitos do *Marriage Act*; e (ii) declarou que casais do mesmo sexo têm igual direito a se casar sob o *Marriage Act 1944*; entre outras disposições como sugestões textuais para a correção do *Marriage Act* e do *Matrimonial Causes Act* (BERMUDA, 2017, p. 47-48).

⁸⁵² The Referendum Act 2012 section 6 (4).

⁸⁵³ O precedente invocado foi *Prager v Blatspiel, Stamp & Hancock Ltd.*, [1924] 1 KB 566 at 570, [1924] All E.R. Rep. 524, onde o Justice McCardie declarou que o *common law* não é estático, sendo sua essência a adaptabilidade para atender as necessidades da sociedade.

É válido observar que, após a decisão da Corte, Patricia Pamplin, membro do Parlamento das Bermudas e, na época, *Shadow Minister of Home Affairs*⁸⁵⁴, declarou que o Governo reconhecia a decisão da Suprema Corte e que não recorreriam da sentença por aconselhamento jurídico. Pamplin reconheceu tratar-se de um assunto sensível, mas que a comunidade das Bermudas deveria promover conversas francas que contribuíssem para a conscientização, compreensão, tolerância e respeito. Dessa forma, o Parlamento se comprometia a cumprir a decisão do Judiciário e implantar as etapas necessárias para garantir o cumprimento da decisão. Outro membro do Parlamento Jeff Baron, então Ministro da Segurança Nacional, também se manifestou favoravelmente destacando a igualdade sem preconceito de orientação afetivo-sexual, dizendo que “a igualdade quando é real não é condicional” e que seria feito um trabalho de construção de uma *comunidade de apoiadores e campeões pela igualdade* (BRILHANTE, 2018, p. 08-09).

O precedente formado por essa decisão da Suprema Corte das Bermudas foi associado com a *living tree doctrine*, teoria de origem canadense, que entende a Constituição (e o sistema jurídico a partir dela, por assim dizer) como uma *árvore viva*, capaz de se desenvolver, se expandir, como uma Constituição crescente e em evolução. A *living tree doctrine*, a despeito de não ter sido mencionada na decisão, é relacionada em razão da argumentação produzida, visto que, nas Bermudas, a Constituição permite identificar uma visão orgânica que busca refletir a sociedade. A partir disso, os direitos constitucionais também estão vivos, podendo ser expandidos, assim como a experiência canadense ampliou o direito das mulheres para que pudessem ser senadoras (JOHNSON, 2018, p. 05-06).

A doutrina da “árvore viva” ganhou repercussão internacional, especialmente, na *common law*, desde sua origem no caso *Edwards v Attorney General of Canada [1930] A.C. 124*, como uma doutrina introduzida pelo *Privy Council*. O precedente estabeleceu, como uma questão de direito constitucional canadense, que os princípios da igualdade e o da não discriminação tornavam as mulheres elegíveis como senadoras independentemente da letra da lei. O *Privy Council* considerou a Constituição como sendo orgânica e, dessa forma, passível de uma leitura ampla e liberal de modo a

⁸⁵⁴ No sistema parlamentar de direito britânico existe a figura do gabinete paralelo, ou *Official Opposition Shadow Cabinet* e que é composto por membros da oposição política. Como o nome indica, atuam como fiscais dos titulares dos gabinetes, propondo políticas alternativas e cobrando a prestação de conta dos membros apoiadores do governo. Conforme informações no site do Parlamento de Bermudas, Patrícia G. Pamplin continua como membro, mas agora na *Shadow Minister of Health*.

atender os novos tempos. A partir desse entendimento, consolidou-se como efeito dessa doutrina que as disposições constitucionais, e especialmente as que viessem proteger direitos fundamentais, deveriam ser interpretadas a partir (e à luz) de valores que considerassem o desenvolvimento das sociedades (RAZNOVICH, 2018, p. 02).

Raznovich observa que há precedentes da doutrina da árvore viva para a interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos no caso *Tyler v United Kingdom*, onde a Corte Europeia de Direitos Humanos rejeitou o argumento do *Attorney General of the Isla of Man* que defendeu que punições corporais em escala limitada seriam aceitáveis/justificáveis pela cultura local. Nessa ocasião, divergindo desse entendimento, o Tribunal Europeu estabeleceu que a Convenção é um instrumento vivo a ser interpretado de modo a considerar a evolução do direito nacional e internacional (RAZNOVICH, 2018, p. 02).

O Governo das Bermudas, cabe observar, poderia ter recorrido da decisão no caso *W. Deroche*, mas não o fez, levando a uma possível interpretação que a Corte Constitucional teria a palavra final sobre a matéria. Entretanto, em vez de apelar da decisão, o Governo passou a apoiar um projeto de lei que superasse legislativamente (em significativo exemplo de *Backlash*) o julgamento da Corte. O tópico seguinte diz respeito a essa nova legislação e seus efeitos.

11.2. Superação legislativa e referendo popular: manifestação do poder constituinte?

O avanço em matéria de direitos fundamentais, promovido pela decisão da Suprema Corte das Bermudas se constituiu em uma vitória de curta duração, pois, em 10 de dezembro de 2017 (seis meses após a decisão da Suprema Corte), o projeto do *Domestic Partnership Act 2017* foi aprovado na *Bermuda House of Assembly* (com 24 votos a favor e 10 contrários, 02 abstenções) para posterior assinatura (BRILHANTE, 2018, p. 09-10). O projeto do *Domestic Partnership Act 2017* revogava a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, permitindo apenas uma parceria doméstica entre esses casais, ampliando a possibilidade para pessoas de sexo diferentes que não quisessem se casar no modelo religioso tradicional de casamento.

Assim, em 7 de fevereiro de 2018, o Governador das Bermudas aprovou a *Domestic Partnership Act 2018* (Lei de Parceria Doméstica de 2018), retirando o direito (reconhecido e positivado pela Suprema Corte) de casais do mesmo sexo se casarem nas

Bermudas com efeitos a partir de 1º de junho de 2018. A *Domestic Partnership*, como uma união civil reconhecida, se apresentava como situação legal equivalente ao casamento, embora houvesse um certo ceticismo se esse seria o caso (JOHSON, 2018, p. 01-02).

O Ministro das Relações Exteriores das Bermudas Walton Brown afirmou, na ocasião, que a nova legislação era uma forma do Governo encontrar um meio termo entre os apoiadores do casamento entre pessoas do mesmo sexo e seus opositores (BRILHANTE, 2018, p. 10). Aqui, o *Backlash* é de fácil identificação considerando que o *Domestic Partnership Act 2018* cita expressamente o fundamento da *Human Rights Act* e o julgamento da Suprema Corte no caso *Godwin and DeRoche v The Registrar General and others* de 05 de maio de 2017, afirmando que um casamento entre pessoas do mesmo sexo é nulo⁸⁵⁵, na seção 53 (BERMUDA, 2018a). O apoio à propositura da lei se baseou em alguma medida no referendo ocorrido em 2016⁸⁵⁶.

A decisão do Governador das Bermudas, John Rankin, apresentou-se na contramão da construção jurídica dos países ocidentais que tem positivado esse direito via legislação (com a participação do Parlamento) ou judicialização (com protagonismo das Cortes Superiores), sempre no sentido de ampliar o reconhecimento desses direitos e não em retroceder.

O *Domestic Partnership Act 2018*, nos termos aprovados pelo Parlamento das Bermudas (composto pelo *Bermuda's House of Assembly* e o *Senate*), abriu possibilidade para que casais hétero e homossexuais oficializassem suas uniões em um formato diferente do casamento, sem alunar os casamentos homoafetivos já celebrados no interregno entre a decisão da Suprema Corte e a entrada em vigor da nova lei.

Com isso, três situações jurídicas, como estratos sociais (ou três camadas) diferenciados, (co)existiriam: (i) o casamento como uma instituição restrita a pessoas heterossexuais; (ii) os casais homossexuais legitimamente casados – com o paradoxo de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é nulo, nos termos da lei, mas estes mantêm sua validade pelo princípio do direito adquirido e da segurança jurídica; e (iii) os casais hétero e homossexuais em parceria doméstica (parcerias civis).

⁸⁵⁵ No original: *Notwithstanding anything in the Human Rights Act 1981, any other provision of law or the judgment of the Supreme Court in Godwin and DeRoche v The Registrar General and others delivered on 5 May 2017, a marriage is void unless the parties are respectively male and female.*

⁸⁵⁶ Joana Brilhante observa que o jornal diário do *Royal Gazette Bermuda* realizou à época, em 2016, uma pesquisa para entender se os bermudenses concordavam se o referendo deveria ou não ocorrer: 45% dos leitores eram contra, 43% o apoiavam e 8% não tinham certeza (BRILHANTE, 2018, p. 07).

Esse projeto – além de criar uma divisão clara entre os cidadãos de primeira classe (que são os casais heterossexuais – privilegiados por poderem escolher entre se casar ou obter uma união civil) e os cidadãos de segunda classe (casais do mesmo sexo - que são proibidos de acessar a opção de casamento) – também fabrica cidadãos de primeira e segunda classe entre os casais LGBTQ+ bermudenses. Considerando que a lei não reverte os casamentos entre pessoas do mesmo sexo os quais aconteceram enquanto a decisão da Suprema Corte possuía validade (os pedidos entregues ao Notário Geral até 12 de maio de 2018 ainda seriam aceitos) passariam a coexistir casais homossexuais com o pleno reconhecimento de seu casamento e outros, em uma categoria jurídica e simbolicamente inferior, casais homossexuais com a parceria doméstica (BRILHANTE, 2018, p. 10-11).

É perceptível a manutenção do tratamento discriminatório (ainda que sob a promessa de direitos iguais e equivalentes), pois, aos casais heterossexuais, a lei confere o direito de escolher entre casamento e parceria doméstica, enquanto, para os casais homoafetivos, apenas resta uma única opção.

Nesse sentido, se manifesta Marc Johnson, ao observar que, mesmo com a proposta de oferecer situações iguais entre parcerias domésticas e casamentos, há um corpo substancial de escritos⁸⁵⁷ no Reino Unido, os quais desafiam essa lógica de igualdade entre os dois institutos e que questiona se haveria uma espécie de subordinação legal entre elas⁸⁵⁸. É interessante observar que, no âmbito do Reino Unido, a *United Kingdom Supreme Court* declarou que a *Partnership Act 2004* britânica, que estabelecia a união civil apenas entre pessoas do mesmo sexo, era

⁸⁵⁷ Johnson observa que esse questionamento a respeito das percepções de que a reserva do instituto apenas para casais de sexo opostos cria uma hierarquia em face da parceria legal são suscitadas posteriormente junto à Suprema Corte das Bermudas no caso *R Ferguson v AG & OutBermuda et al. v AG [2018] SC (Bda) 45 Civ* (tratado no tópico 11.3). Johnson comenta que o Professor Howard NeJaime argumenta nesse processo que em termos internacionais, as parcerias não são percebidas como atraindo o mesmo respeito que o casamento. A discussão sobre a assimetria entre esses dois institutos se tornou presente nos debates acadêmicos como é possível encontrar: “H Fenwick and A Hayward, ‘Rejecting asymmetry of access to formal relationship statuses for same and different-sex couples at Strasbourg and domestically’ [2017] 6 EHRLR 544; H Fenwick, ‘Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe: driving forward reform or protecting the court's authority via consensus analysis?’ [2016] 3 EHRLR 248; R. Leckey, ‘Must equal mean identical? Same-sex couples and marriage’ (2014) 10(1) *International Journal of Law in Context* 5; F. Hamilton, ‘Why the margin of appreciation is not the answer to the gay marriage debate’ [2013] 1 EHRLR 47; R. Gaffney-Rhys, ‘Same-sex marriage but not mixed-sex partnerships: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite sex couples?’ (2014) 26(2) *Child and Family Law Quarterly* 173; R. Sandberg, ‘The right to discriminate’ (2011) 13(2) *Ecclesiastical Law Journal* 157.” (JOHNSON, 2018, p. 02).

⁸⁵⁸ Johnson sugere como leitura para aprofundamento da questão: “R. Wintemute, ‘Unequal same-sex survivor pensions: the EWCA refuses to apply CJEU precedents or refer’ (2016) 45(1) *Industrial Law Journal* 89; N. Barker, D. Monk(eds), *From Civil Partnership to Same-Sex Marriage: Interdisciplinary Reflections* (Routledge, 2015)” (JOHNSON, 2018, p. 02).

incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos por representar ofensa aos dispositivos referentes à discriminação e direito à privacidade e vida familiar. A postura da Suprema Corte do Reino Unido indicou um sinal de um direcionamento progressivo da lei britânica sobre o tema (JOHNSON, 2018, p. 01-02).

O apoio do Governo das Bermudas, no sentido de incentivar e promulgar a lei retrocessiva, desconsiderou as reflexões e considerações da Suprema Corte local sobre a matéria, além de negar uma tendência internacional de fortalecimento dos direitos humanos. Esse movimento conservador-reacionário do Governo ainda foi de encontro ao texto constitucional que defende a liberdade e protege o indivíduo contra a discriminação. É importante destacar que a proposta da lei foi feita pelo *Progressive Labour Party – PLP*, partido socialmente conservador e com o apoio do PMBL, organização de cunho religioso e manifestamente anti-LGBTQ+.

Sublinhe-se que o Secretário de Estado para Relações Exteriores e da Commonwealth do Reino Unido (*UK's Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*) Boris Johnson, tinha o poder de bloquear a legislação, se esta fosse considerada uma infração às leis de direitos humanos, mas o Secretário não o fez por considerar a nova lei "alinhada" com os padrões de direitos humanos. A *Bermuda Labour's Party Shadow Foreign Secretary*⁸⁵⁹, Emily Thornberry, criticou a postura de não intervenção considerando escandalosa a situação de retrocesso (BRILHANTE, 2018, p. 10).

Sob o pretexto de que a sociedade bermudense seria conservadora e contrária às uniões homoafetivas, a *Domestic Partnership Act* surgia como proposta que tinha o condão de fazer a vontade popular sobre o tema, mas sem necessariamente incorrer em um diálogo institucional. O apoio à nova legislação se constituiu como um *backlash legislativo* que se amparava no malsucedido referendo de 2016. Joana Brilhante, sobre esse assunto, esclarece que naquele ano (2016) o Governo das Bermudas realizou um referendo sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo e uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, envolvendo as seguintes perguntas: 1. *Você é a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Bermudas?* 2. *Você é a favor da união civil entre pessoas do mesmo sexo em Bermudas?*⁸⁶⁰. Como a construção das perguntas indicava, havia o claro interesse de usar um instrumento democrático, como o referendo, a fim de examinar se a

⁸⁵⁹ Secretária paralela de Relações Exteriores do Partido dos Trabalhadores de Bermudas

⁸⁶⁰ No original: 1. *Are you in favour of same sex marriage in Bermuda?* 2. *Are you in favour of same sex civil unions in Bermuda?*

maioria dos eleitores decidiria contra ou a favor em dar acesso a uma minoria social a um direito fundamental⁸⁶¹ (BRILHANTE, 2018, p. 07). O resultado do Referendo, apesar de não ter sido considerado por não alcançar os 50% de participação do eleitorado (apenas 46,89% de eleitores se apresentaram), representou uma sinalização contra as uniões homoafetivas. A maioria dos eleitores que participaram (69%) votou contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo e (63%) contra a união civil entre pessoas do mesmo sexo (BRILHANTE, 2018, p. 08).

Um dos atores, como observado, mais atuantes no cenário de aprovação da lei (como o foi no processo perante a Suprema Corte que motivou esse *backlash* legislativo) foi o PMBL, motivado principalmente por ideais religiosos e conservadores, como apontado nos argumentos do caso em 2017. Essa abolição do casamento homoafetivo nas Bermudas, ainda que se enquadre como um desacordo moral, representa uma exceção perigosa à aplicação do *Human Rights Act*, assim como foi a exceção aplicada referente à imigração sendo importante constar que ambas as exceções foram uma resposta às decisões da Suprema Corte em matéria de direitos humanos e contrárias às políticas do Governo (BARKER, 2017).

A superação legislativa levanta, dessa forma, questões importantes sobre a vulnerabilidade de minorias impopulares nas Bermudas e, conseqüentemente, abre precedente arriscado para o restante do mundo ocidental. É juridicamente preocupante observar que, se a aprovação do *Domestic Partnership Act*, que retira o direito de um grupo de se casar, se motiva pela desaprovação de uma comunidade ideologicamente orientada. Abre-se, dessa forma, precedente para que outros grupos estejam ameaçados, como o caso das famílias reconstituídas (que tem um ou dois membros oriundos de divórcio anterior), já que um novo matrimônio após o divórcio é contrário aos valores religiosos da maioria bermudense, que é cristã (BARKER, 2017)⁸⁶².

Barker destaca que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem, tradicionalmente, permitido a discricionariedade dos países europeus em questões política e/ou socialmente controversas, matérias as quais não são consenso entre os Estados membros, razão pela qual ainda não reconhece formal e expressamente o

⁸⁶¹ Joana brilhante comenta que usar do instrumento democrático para decidir o acesso ou não de uma minoria à direitos fundamentais é “é extremamente hipócrita, para dizer o mínimo” (2018, p. 07).

⁸⁶² No Brasil, ocorreu uma tentativa de *backlash* (como descrito no Capítulo IV e VII, especialmente) utilizando a ideia de plebiscito, por meio do Projeto de Decreto Legislativo n. 495/2011 que buscava revogar o reconhecimento da união homoafetiva, “delegando” à opinião pública estabelecer se casais homossexuais poderiam ou não ser reconhecidos como entidades familiares o que, por óbvio, também queria significar deixar para a opinião pública se esses casais deveriam ou não ter direitos e sua dignidade tutelados. A proposta no Brasil, ao contrário das Bermudas, nem chegou a ser realizada.

casamento entre pessoas do mesmo sexo como um direito⁸⁶³. Considerando as discussões construídas nas últimas décadas, a margem de resistência dos países tende a diminuir, e o Tribunal Europeu precisará reconhecer que o casamento como uma instituição unicamente heterossexual é um tratamento discriminatório.

A partir disso, a discussão também se torna significativo no Reino Unido, que é responsável pelo cumprimento da Convenção Europeia de Direitos Humanos, além de sua coerência interna na defesa dos direitos humanos e direitos fundamentais. Barker ainda sugere, talvez de forma provocativa, que a alternativa para proteger tanto a liberdade religiosa (de quem desaprova a união homoafetiva) quanto o tratamento igualitário entre casais hétero e homoafetivos seria abolir o status civil do casamento, de modo a figurar apenas como uma celebração religiosa⁸⁶⁴, restando ao Estado reconhecer o instituto civil da parceria doméstica para todos. Trata-se de uma questão lógica: se o casamento é um direito que pode ser revogado de casais do mesmo sexo e substituído pelo instituto da parceria doméstica, também pode sê-lo para todos os cidadãos bermudenses. Isso evitaria abrir exceções quanto ao *Human Rights Act* e, mais, *afirmaria a igualdade de todos os bermudenses – gays e héteros, religiosos e não religiosos* (BARKER, 2017).

A proposta de “abolição” geral do casamento como uma instituição civil, ainda que pareça apenas um argumento provocativo, também foi objeto de discussão na doutrina e na pesquisa jurídica nos EUA. Pamela Karlan, já em 2010, discorria sobre o direito ao casamento em uma perspectiva constitucional se seria jurídico e politicamente possível abolir o casamento enquanto uma instituição. Nesse sentido, a autora dialoga com a teoria de Martha C. Nussbaum (2010), sobre o “direito ao casamento” e sua fundamentalidade, discorrendo se aos casais homossexuais esse direito poderia ser negado, a única forma de “manter” o tratamento igualitário entre os cidadãos e “agradar” os partidários da “sacralidade” do casamento, seria retirar todo seu caráter

⁸⁶³ Entretanto, é relevante destacar como o fez a Suprema Corte de Bermudas, a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Tyler v United Kingdom* (1978) também decidiu que valores ou aquiescências locais não podem estar acima dos direitos humanos (quando tratou sobre tortura e tratamentos cruéis). A questão do reconhecimento da união homoafetiva (e do casamento) como um direito está se fazendo presente na construção jurisprudencial europeia como é possível identificar no Capítulo VII, item 7.2, da Parte II da presente tese. Para ver mais sugere-se a leitura do capítulo *Retrato das uniões homoafetivas no contexto normativo-decisório da União Europeia: democracia e direitos fundamentais* (NASCIMENTO; ALVES, 2019) presente na Obra: *União Europeia: visões brasileiras*.

⁸⁶⁴ Dessa forma, seria possível aos grupos religiosos obter plenos poderes para dar ao casamento o conceito, formato, critérios que quisessem (dentro de seu âmbito privado) e permitir que esses grupos estabelecessem sua celebração dentro de requisitos dos nubentes que considerasse adequados, sem interferência estatal *a priori*.

civil, mantendo-o como uma celebração unicamente religiosa. Logo, héteros e homossexuais gozariam apenas de parcerias ou uniões civis. Karlan (2010), como se depreende de suas reflexões, usa de um argumento extremo para mostrar a incoerência de se negar tal direito às pessoas homoafetivas⁸⁶⁵.

Se a argumentação do Governo é de estar atuando em sua função representativa, produzindo uma legislação conforme o interesse da maioria, o caso das Bermudas permite uma avaliação, a partir das análises de Nádía Urbinati, sobre três deformidades em uma Democracia (ainda que esses aspectos tenham algum verniz democrático): (i) mito epistemológico⁸⁶⁶; (ii) mito do líder populista⁸⁶⁷; e (iii) mito da participação popular ou atuação plebiscitária como escolha democrática de um líder⁸⁶⁸. Esses sintomas são particularmente presentes em democracias representativas de formato parlamentar e como mutações do caráter procedimental e deliberativo nesses contextos. O ambiente parece legitimar uma ideia de que a soberania democrática é composta de procedimento e opinião, em um sistema diárquico onde os elementos⁸⁶⁹ se influenciam mutuamente.

Os procedimentos democráticos, na perspectiva de Urbinati (2013), envolvem executar duas tarefas: (i) a participação popular no jogo político (direta e indiretamente) deve ser permitida; e (ii) a exigência e a confiança de que o jogo político está se desenrolando dentro das regras e das condições estabelecidas e especialmente orientadas pelo princípio da igualdade. A despeito de decisões ruins e pouco inteligentes serem

⁸⁶⁵ Para saber mais, sugere-se a leitura da produção acadêmica em questão *Let's Call the Whole Thing Off: Can States Abolish the Institution of Marriage?* que se encontra referenciada ao final dessa tese.

⁸⁶⁶ Aqui o mito seria de que uma avaliação de procedimentos democráticos sob a perspectiva de seus bons resultados – o que é considerado pela autora como um mito epistêmico da verdade – poderia atribuir legitimidade a um procedimento.

⁸⁶⁷ Aqui a deformidade democrática seria o mito da unificação do povo sob a opinião da maioria conduzida por um líder – um mito populista. A opinião da maioria não é o mesmo que afirmar “opinião popular”, ou “vontade constitucional” ou “vontade do povo soberano”, como já destacado na presente tese.

⁸⁶⁸ Aqui o mito seria a crença de que seria que a participação popular ou a atuação plebiscitária poderia coroar um líder. A autora em sua análise (2013) faz uma profunda reflexão como a ideia de uma “super vigilância” da figura pública do líder daria mais poder de controle para o povo em uma democracia é uma visão falaciosa, pois é facilmente contornável com o uso de máscara (ou uma persona) na vida política como forma de acalantar as massas sem lhes garantir real participação política.

⁸⁶⁹ Segundo Nádía Urbinati a decisão corresponderia na linguagem da teoria da soberania envolvendo os procedimentos e instituições que regulam a elaboração das leis (que poderia ser como elemento institucional) e a opinião corresponderia ao domínio extrainstitucional de formação de opinião e do julgamento político (elemento extrainstitucional ou popular, por assim dizer). Dito de outra forma, essas deformidades são particularmente possíveis por se estabelecer “a soberania democrática” a partir do “respeito aos procedimentos (caráter procedimental)” aspecto atinente às decisões oriundas de produção legislativa (que é julgada pela obediência aos procedimentos e pela legitimidade da instituição). Urbinati acrescenta ainda que a “opinião (caráter deliberativo)” que é entendido como um “caráter extra institucional do julgamento político” e que ambos “se influenciam mutuamente” (2013, p. 06).

possíveis numa Democracia, a autora sublinha que essas deliberações podem ser reformuladas sem que essa redefinição comprometa a ordem política e a liberdade.

A concepção de Democracia de Urbinati está, portanto, atrelada a uma ideia de cidadania ativa, em que a participação pelas opiniões faz parte do processo (URBINATI, 2013, p. 06). Urbinati defende que opiniões políticas, em uma Democracia, não podem ser “enfraquecidas ou silenciadas pela opinião de juízes e experts”, da mesma forma que a opinião majoritária não deve ser totalmente coincidente com a do soberano, e ainda, não deve haver passividade na opinião dos cidadãos “ao que é colocado no palco político pelos líderes” (URBINATI, 2013, p. 07). Por vezes, a luta político-parlamentar faz prevalecer interesses ilegítimos (pessoais no mais das vezes, de grupos economicamente fortes ou ainda determinadas elites) (TAVARES, 2005, p. 561).

A visão de Nádía Urbinate, entretanto, ignora os efeitos que as regras estabelecidas no jogo político tradicional impõem às minorias que, aprioristicamente, já participam com desvantagens. Os contextos democráticos atuais revelam uma real transformação dos contornos jurídicos e políticos para exigir uma qualidade substancial das instituições. Nesse sentido, a atuação das Cortes não é de “silenciar” as maiorias, mas limitar sua voz quando essa vontade majoritária circunstancial e volúvel é capaz de tyrannizar as minorias.

É possível extrair das análises de Fernando de Brito Alves e Vladimir Brega Filho, quando estes ponderam a concepção crítica da Democracia para Zagrebelsky (2011), a existência de uma idolatria política que “é uma espécie de adulação interesseira”, por revestir-se de um discurso pseudodemocrático quando, seguindo o argumento do *vox populi, vox dei*, atribui infalibilidade ao amálgama chamado povo – o que acaba materializando “uma grosseira teologia política” (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 125-126). Essa perspectiva aduladora e inoperável no sentido prático (de que o povo exerce real influência no cenário político), apenas intensifica instabilidades sociais e a tensões quanto às leituras do princípio democrático.

Como o caso das Bermudas e o *backlash* ocorrido parecem ilustrar, a tensão existente entre princípio democrático e Estado de Direito pode ter como causa: (i) a maioria parlamentar tem poder de ameaçar direitos fundamentais e sistematizar hostilidades contra determinados grupos (a exemplo do nazismo e fascismo); (ii) os direitos fundamentais possuem força de resistência de modo a inibir que aconteça o “pleno exercício do poder democrático” por legitimar reforma de decisões oriundas

órgãos legitimados (legislativo) por um poder não eleito (Judiciário) em nome daqueles direitos; e (iii) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cria normas de competência negativa (MARINHO; BORGES, 2014, p. 41) ou seja, que restringem a vontade majoritária e a produção legislativa.

Narciso Leandro Xavier Baez e Vinícius Almada Mozetic, ao analisarem teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais (e com foco sobre o que foi decidido pelo STF no processo sobre os embriões criopreservados nas células troncos e sua legitimidade no Estado Democrático de Direito), reconhecem o poder interpretativo das cortes, mas apresentam preocupação quanto ao limite dessa interpretação ser transposto e o ato de interpretar resultar em *legislar*. A preocupação dos autores se dá especialmente, em sua visão, por supostamente as Cortes serem desprovidas de legitimidade política (pela não eleição de seus membros). Os autores, seguindo a lição de Mauro Cappelletti (1993), reconhecem o judiciário como um *cocriador* do Direito (por meio da interpretação, esclarecimento e integração do Direito), mas que lhe é vedado legislar, pois se assim o fizesse deixaria de ser juiz. Assuntos complexos demandariam, para que sua solução fosse dotada de legitimidade democrática, que a decisão fosse “objeto de um referendo popular sobre a lei questionada, de forma a legitimar democraticamente qualquer um dos possíveis caminhos que poderiam ter sido adotados para a situação” (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 56).

Para o foco que centraliza as reflexões na presente tese, tanto o reconhecimento do direito à união homoafetiva no Brasil quanto em Bermudas (como também em diversos contextos sociais, como apontado na Parte II) se faz sem que seja necessário que as Cortes “legislem”. As decisões demonstram apenas o uso da hermenêutica interpretativa para “atualizar” o sentido de conceitos que mais se adequem à coerência e integridade da Constituição e da própria lógica democrática social.

Discorda-se veementemente de Baez e Mozetic (2014), quando afirmam que questões complexas devam ser objeto de referendo popular, pois direitos humano-fundamentais não são disponíveis, logo, muito menos legitimidade teriam terceiros (ou seja, a comunidade mesmo que majoritária) em alienar direitos reivindicados e/ou titularizados pela minoria. A soberania permanente do poder constituinte fundador não

pode ser contestada por uma maioria episódica que não tem compromisso no cenário político com as consequências dessa participação⁸⁷⁰.

Sobre tal argumentação de relegar as discordâncias morais à deliberação pública referendária, encontra-se a crença *habermasiana*⁸⁷¹ de que o espaço público se constitui como um espaço de consenso e formado por pessoas que estão dispostas a despojar-se de interesses pessoais para decidir pelo que é melhor para o coletivo (ainda que não seja necessariamente o que seja o interesse da maioria), visto que a maioria poderia ser convencida por minorias no processo de debate e argumentação deliberando em prol da melhor razão. Essa *sociedade habermasiana*, entretanto, não corresponde ao que se identifica histórica e socialmente nas Bermudas (como o caso deixa claro) e no Brasil, o que torna tal premissa já deficiente em seu nascedouro para a solução de demandas das minorais e grupos vulneráveis. É possível depreender que tal conclusão se faria possível em outras sociedades e dinâmicas pelo Ocidente.

Essa lógica da Democracia (como o desejo da maioria) está ligada a uma ideia de “*vox populi, vox dei*”, sendo a expressão uma imagem alegórica da “multidão”. As condições políticas variam extraordinariamente, mesmo em Estados democráticos, inclusive no que se refere à proteção dos direitos das minorias (como de pessoas homossexuais). Contudo, em muitas democracias⁸⁷², a tendência a subordinar os direitos privados ao bem comum acaba se tornando quase um artigo de fé. Isso se dá porque, nas áreas de menor denominador comum, quando existe um (aparente) acordo da maioria, essa opinião se reveste de um aspecto de santidade e não de utilidade⁸⁷³. Essa lógica é proveniente de uma perspectiva de cristalização medieval, a qual se provou extremamente capaz no processo de inculcar lealdade absoluta do “povo” a um governo. Além disso, essa máxima se mostrou um argumento poderoso para legitimar a

⁸⁷⁰ O caso das Bermudas é exemplar nesse sentido, pois foi uma organização religiosa que atuou pelo referendo e para que o mesmo acontecesse dentro de igrejas cristãs, gerando uma coação moral e simbólica na participação. Além disso, a propaganda ideológica pode muito bem manipular tanto o processo quanto os elementos da participação apenas para blindar seu próprio projeto de poder com um “verniz” de democracia.

⁸⁷¹ Habermas é defensor de que os procedimentos democráticos participativos são a melhor forma de controle e condicionamento do Estado. Desse modo, para ele, a legitimidade de um dado sistema jurídico está no processo de elaboração da decisão que origina a norma (o que inclui desde a gênese até a decisão definitiva) mesmo que essa seja passível de desvios (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 56).

⁸⁷² Aqui se poderia incluir que também o é em muitas interpretações da teoria democrática.

⁸⁷³ Observa-se que, vez que a ideia da busca pelo consenso é a proceduralização da tomada de decisões na lógica tradicional da maioria, e isso em uma democracia representativa ou deliberativa foi apropriado como uma legitimação apriorística sobre qualquer tema, no sentido de que se a maioria numérica decidiu, essa vontade/decisão é soberana por ser, supostamente, “democrática”.

perseguição de minorias impopulares como “judeus, gays e bruxas”, visto que o estilo de vida desses grupos era diferente da maioria⁸⁷⁴.

O argumento da “sacralidade” da opinião majoritária, formalizada no “*vox populi, vox dei*”, lança uma mensagem de que o julgamento majoritário também é divino, legitimando um poder punitivo às multidões sobre aqueles que (pela condenação popular) estariam em desarmonia com Deus. Assim, se uma minoria ou grupo desagradava à maioria, por reflexo, desagradava a Deus. Essa máxima foi amplamente usada por propagandistas, o que inclui as campanhas de intolerância, constituindo perseguições de minorias que, em muitos contextos, se apresentava como *verdade óbvia* (BOSWELL, 1998, p. 30).

Então, a proposição pretensamente democrática do *vox populi vox dei*, é equivocada, tendenciosa e falaciosa. Constitui-se muito mais como uma tentativa adulatora de se atribuir poder para que uma população legitime interesses individuais (ou de grupos específicos), normalmente, dos que já ocupam espaços de poder e controle social. A participação popular facilmente é condicionada, bastando que se apresente uma cortina de fumaça para tirar o foco da questão. Cabe questionar sempre se a “voz do povo é a voz de Deus”, e, nesse sentido, muita razão se encontra no raciocínio de Alcuíno: *Nec audiendi qui solent dicere, Vox populi, vox Dei, quum tumultuositas vulgi semper insaniae proxima sit*⁸⁷⁵.

Se analisado por uma perspectiva *dworkiniana*, é razoável argumentar que o caso *Godwin-Deroche* se enquadraria como um “caso difícil” (a despeito do que foi afirmado pela Suprema Corte das Bermudas no caso). A Corte no desenvolvimento da decisão adotou um conjunto de princípios equitativos e, a partir disso, adotou uma nova regra e, ao criar uma regra reconhecendo a existência de um direito, e não gerando um direito, está imputando moralidade ao livro de regras.

Logo, ainda que existam discussões sobre o ativismo judicial e sobre a ética em casos difíceis, a revogação de direitos pela nova lei configura-se como ataque aos conceitos de justiça e de igualdade perante o Direito, como construído e ampliado pela decisão. Se a Suprema Corte agiu com protagonismo, o fez pela razão que as

⁸⁷⁴ Além de um “estilo de vida” diferente, esses grupos poderiam ser considerados ameaça ao estilo de vida das elites e da hegemonia cristã no monopólio de ditar condutas. Esses grupos, por assim dizer, representariam uma subversão da “moldura ideal” da sociedade e, por isso, deveriam ser apartados do convívio público e, por consequência, do direito.

⁸⁷⁵ Expressão que pode ser traduzida como “E essas pessoas não devem ser ouvidas por quem continua dizendo que a voz do povo é a voz de Deus, já que a devassidão da multidão sempre está muito próxima da loucura”.

disposições legislativas anteriores se encontravam incompatíveis com as garantias do *Human Rights Act*, legislação *quase-constitucional* que afirma que uma pessoa estaria sendo discriminada se tratada de forma menos favorável que outra por causa de sua orientação afetivo-sexual, entre outras coisas (JOHNSON, 2018, p. 07-08).

Com a aprovação do *Domestic Partnership Act 2018*, houve uma situação de *backlash* manifesto em uma superação legislativa para revogar o direito de casais gays se casarem, levando a discussão para o Parlamento. Entretanto, ao se revogarem direitos o argumento potencializa a discussão novamente em sede do Tribunal, o que renovou as expectativas da comunidade formada por homossexuais e seus apoiadores de que uma eventual *judicial review* sobre a nova lei seria no sentido de continuar o precedente estabelecido no caso *Godwin-Deroche* (2017). Naquele caso, a *Justice Simmons* alegou ser essa negação de direitos no contexto de mudanças sociais como algo fora de sintonia com a realidade das Bermudas no século XXI.

Além disso, a promulgação da nova lei desperta questionamentos quanto à sua constitucionalidade. A Constituição das Bermudas veda a discriminação vertical (como a praticada por funcionários públicos, por exemplo) e da forma como está redigida (na seção 12 da *Bermuda Constitution Order 1968*), não há vinculação da proibição da discriminação a outros direitos⁸⁷⁶. A questão principal, assim, é determinar o escopo da proibição de discriminação. Se a subseção 3 declara o sentido de discriminação como tratamento diferenciado total ou principalmente por aspectos de raça, local de origem, opinião política, cor ou credo, deficiência ou restrições, ou ainda receba privilégios ou vantagens a que outras pessoas de outra descrição não receb(eri)am⁸⁷⁷. É possível questionar se essa linguagem oferece uma lista finita, sendo necessário saber se a *Domestic Partnership Act 2018* viola alguma dessas proibições de discriminação, especialmente por não constar, expressamente, sexo ou orientação afetivo-sexual nessa lista *potencialmente* finita (RAZNOVICH, 2018, p. 01-02).

As questões que envolvem a promulgação dessa lei e a ocorrência de um declarado *backlash* motivado por discriminação social e religiosa, revogando direitos

⁸⁷⁶ Apenas como comparativo Johnson (2018) destaca que a Constituição das Bermudas não vincula a proteção em face da discriminação como é o caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos que, em seu Art. 14 – que trata sobre a proibição de discriminação – afirma que essa proteção se dá em relação aos direitos e liberdades reconhecidas naquela Convenção.

⁸⁷⁷ A subseção no original: “In this section, the expression ‘discriminatory’ means affording different treatment to different persons attributable wholly or mainly to their respective descriptions by race, place of origin, political opinions, colour or creed whereby persons of one such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded to persons of another such description”

positivados pela Suprema Corte, não podem ser interpretadas apenas como uma simples tensão institucional, ou uma ocorrência natural do cenário democrático. Não se pode enxergar, nessa ocorrência, uma leitura banalizadora da supremacia do Parlamento e da sua liberdade de resgatar o argumento de dar a palavra final e conferir uma nova rodada de interpretação sobre os direitos fundamentais constitucional e internacionalmente reconhecidos. Por força de atores sociais, como movimentos identitários de luta pelos direitos LGBTQ+, o *Domestic Partnership Act 2018*, na condição de um tipo de ativismo congressual, foi questionado perante a Suprema Corte e o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo voltou a ser debatido por um Tribunal Constitucional. Nessa nova rodada de judicialização da política – e mais do que isso, de direitos humano-fundamentais – se concentra o próximo tópico.

11.3. Declaração de inconstitucionalidade da Lei em seus aspectos de retrocesso: a realização democrática e a primazia constitucional via controle judicial

Considerando as repercussões do caso e que o fator *backlash* é um fenômeno de reação social e institucional às posturas estatais, isso inclui reconhecer a possibilidade de o *backlash* ocorrer como reação a proposituras de leis, ou seja, a decisões do Parlamento⁸⁷⁸. Essa resposta foi visível tanto por parte da comunidade das Bermudas, quanto pela comunidade internacional. As entidades defensoras dos direitos humanos e dos direitos LGBTQ+ condenaram ostensivamente o inegável retrocesso ocorrido com a promulgação do *Domestic Partnership Act 2018*.

Assim, como esperado, processos judiciais foram feitos contra a decisão do Governo de promulgar a lei, incluindo questionamentos formais sobre a constitucionalidade⁸⁷⁹ da *Domestic Partnership Act 2018*, apresentados por Rob Ferguson, Maryellen Jackson⁸⁸⁰ e OUTBermuda⁸⁸¹ (BRILHANTE, 2018, p. 11). No

⁸⁷⁸ Como consta na Parte I da presente Tese o *backlash* pode ocorrer como reação institucional a decisões dos Poderes do Estado, entidades públicas e privadas e mesmo posturas de pessoas investidas de alguma autoridade política. Uma possível questão pode ocorrer com essa observação, especialmente no sentido de vislumbrar alguns casos de *backlashes* como democráticos e constitucionalmente legítimos e outros não. Uma “régua” eficaz para tais análises, de modo a evitar qualquer tipo de contradição epistemológica ou teórica, é a de que *backlashes* que tenham como objetivo ampliar direitos são dotadas de presumida legitimidade (posto haver uma *orientação de progressividade* em matéria de direitos humano-fundamentais), e, além disso, fazem parte da dinâmica de construção dialógica de *aperfeiçoamento* da atividade jurídica.

⁸⁷⁹ Os chamados “challenges”.

⁸⁸⁰ Maryellen Claudia Louise Jackson é uma bermudense lésbica que se opôs à revogação do casamento entre pessoas do mesmo sexo nas Bermudas, alegando que o *Domestic Partnership Act 2018* seria inconstitucional por violar seus direitos constitucionalmente protegidos. Maryellen Jackson e o OUTBermuda apresentaram seus peticionamento juntos.

mês de promulgação do *Domestic Partnership Act 2018*, Rob Ferguson, um advogado bermudense, apresentou uma moção para que a Suprema Corte das Bermudas declarasse essa legislação como inconsistente com a *Human Rights Act* e a Constituição das Bermudas (JOHNSON, 2018, p. 02).

Jackson e OUTBermuda apresentaram seu pedido logo em seguida, potencialmente inspirados por esse primeiro movimento, onde os demandantes alegaram que a revogação do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo violaria direitos fundamentais constitucionalmente previstos das pessoas LGBTQ+. Segundo os autores da ação as violações compreenderiam: (i) uma violação ao direito de liberdade de consciência e seu exercício (como previsto, mas não se limitando, nas seções 1 e 8 da Constituição das Bermudas); (ii) violação da proibição de discriminação (presente na seção 12); e (iii) violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que proíbe a discriminação (Artigo 14) e garante o direito ao respeito à privacidade e vida familiar (Artigo 8), além de outros direitos.

As considerações sobre a decisão da Suprema Corte, na análise da validade e da constitucionalidade do *Domestic Partnership Act 2018*, que se desenvolveram assim no *R Ferguson v AG & OUTBermuda et al. v AG[2018] SC (Bda) 46 Civ (6 June 2018)*, envolvem uma quantidade considerável de narrativas sobre o gerenciamento dos aspectos que envolvem o processo. Muitas questões estão presentes na decisão que enfrenta o *backlash* legislativo, então o foco está nos pontos atinentes ao caráter democrático das discussões, à separação de Poderes, à interpretação protagonista e inclusiva e, também, à vedação ao retrocesso de direitos humano-fundamentais.

Um dos pontos essenciais discutidos, quando o debate se voltou para o controle de constitucionalidade, envolve determinar se a Suprema Corte das Bermudas havia violado a separação de poderes no caso *W. Godwin e Deroche* legislando de bancada⁸⁸². A querela sobre a legitimidade da atuação é necessária por força dos paralelos dessa argumentação dentro de uma perspectiva mais ampla de cenários possíveis, permitindo conclusões similares para realidades distintas.

Cabe determinar se a Suprema Corte das Bermudas, ao julgar a positivação do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, estaria “legislando de bancada”,

⁸⁸¹ O OUTBermuda (formalmente Bermuda Bred Company) é uma associação de caridade registrada que promove e oferece suporte de bem-estar, saúde, dignidade, segurança e proteção para a comunidade LGBTQ+ nas Bermudas.

⁸⁸² No original: *legislating from the bench*. Para maior aprofundamento sobre o termo e seus desdobramentos, sugere-se a leitura de *Legislating from the bench: a definition and a defense*, de Bruce G. Peabody (2007).

discussão relevante para a teoria da separação dos poderes do Estado. Como apresentado por Marc Johnson em suas análises, é fácil identificar o fato que a Suprema Corte das Bermudas reconhece a existência da “Soberania Parlamentar” como um conceito qualificado, ou seja, o Legislativo tem o direito de legislar “pela paz, pela ordem e pelo bom governo das Bermudas” nos termos da Constituição. Considerando tais “diretrizes”, essa “limitação” precisa ter um local de julgamento de eventuais disputas nos termos da Constituição, sendo a Suprema Corte um Tribunal Constitucional e, portanto, possui o poder de decidir e resolver disputas de natureza constitucional. Logo, o julgamento, em 2017, é plenamente legítimo à luz da Constituição e da separação de poderes. Assim, ao julgar o caso *Ferguson* a Corte evocou o precedente *Robinson v R [2009] Bda LR 40*, onde o *Justice of Appeal* Nazerath estabeleceu que, com base na *Colonial Laws Validity Act 1865*, qualquer lei que seja incompatível com a Constituição das Bermudas é nula. Sobre a soberania parlamentar o *Chief Justice Kawaly*, também no caso *Robinson v R*, afirmou que o ramo legislativo tem qualificado essa soberania nas Bermudas, mas, ao mesmo tempo, ao Judiciário foi dada pela Constituição⁸⁸³ a incumbência de garantir que as ações executivas e disposições legislativas⁸⁸⁴ não violassem direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos das Bermudas e pessoas ali residentes (JOHNSON, 2018, p. 11-12).

O caso *R Ferguson et al.* traz novamente a discussão sobre a separação de Poderes nos Territórios Ultramarinos Britânicos, visto existir uma construção jurídica-política que relativiza a teoria na medida que confere ao Judiciário o direito de “reduzir” a soberania parlamentar quando as leis produzidas contrariam a Constituição.

Marc Johnson, ao analisar essa questão do *backlash* ocorrido nas Bermudas, questiona se seria apropriado reconhecer a existência da supremacia constitucional com a superioridade judicial como apoio, valendo também refletir sobre a subjugação do Legislativo em alguma medida. Johnson ressalta um destaque conferido pela decisão à citação feita pelo Vice-presidente do OUBermuda, Adrian Hartnett-Beasley, que afirmou ser o *Domestic Partnership Act 2018* importante ao apresentar proteções para a comunidade LGBTQ+, mas que a proibição do casamento igualitário era inaceitável, uma vez que, entre outras coisas, simbolizava a limitação de direitos pelo poder de uma determinada maioria.

⁸⁸³ Capítulo I da Constituição das Bermudas.

⁸⁸⁴ A Corte das Bermudas interpreta que essa dinâmica é diversa da realidade inglês, onde ainda não há uma definição tão clara quanto a competência do controle dos atos parlamentares pelas Cortes Judiciais.

Mesmo em um cenário em que a maioria dos bermudenses⁸⁸⁵ fosse favorável a privar um grupo minoritário do acesso aos direitos humanos, seria inapropriado ao Estado legislar nesse sentido. Em sociedades civilizadas, não está disponível à maioria o poder de determinar quais direitos as minorias podem ou não titularizar ou desfrutar, sendo exatamente a proteção contra a opressão da maioria que fundamenta a relevância dos direitos humano-fundamentais nas democracias contemporâneas (JOHNSON, 2018, p. 12-13).

Por certo, essa visão flexibilizada da separação dos Poderes, tendo como razão legitimadora a supremacia constitucional, conflitua a ideia generalizada da regra da maioria, mas as críticas de um processo legislativo orientado na política popular já não são uma novidade⁸⁸⁶. Questões atinentes a direitos humanos e direitos fundamentais devem estar além da influência da maioria, visto que mudanças populistas e transitórias nas políticas públicas poderiam impactar (n)os direitos das minorias. Johnson destaca o caso *S.A.S v France (2015) 60 E.H.R.R. 11*, situação em que a lei francesa de n. 2004-228 (que ficou conhecida como a *Lei do Véu Islâmico*⁸⁸⁷) baniu o uso de vestimentas e indumentárias que fossem sinal de aderência religiosa em escolas e espaços públicos.

Quando questionada junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a lei foi considerada compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, como uma tentativa de incitar coesão social e senso de comunidade. Criticando esse ponto de vista, Johnson destaca que essa lógica, ao buscar “igualizar” todos, nega as identidades individuais (como uma radicalização da ideia de que todos são iguais perante a lei) e, com isso, é opressora, na medida em que o padrão de igualdade é determinado pelo conceito de comunidade. Esse conceito é, portanto, determinado por uma comunidade majoritária que determina quem é membro e, conseqüentemente, quem goza da proteção dos direitos humanos (JOHNSON, 2018, p. 13-14).

Ao observar o destaque midiático nas Bermudas de que a maioria das pessoas do arquipélago se opõe ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que teria ficado supostamente demonstrado com o referendo (ainda que inválido), poder-se-ia supor que a regra da maioria legitimaria a discriminação em razão da orientação afetivo-sexual.

⁸⁸⁵ Lógica que se aplica universalmente, vale destacar.

⁸⁸⁶ Na Parte I da presente Tese está pontuado essa lógica de “mercantilização” da política representativa na dinâmica eleitoral criando-se um mercado de votos como processo de perpetuação do *status quo* e abandono do processo representativo como uma gestão para todos.

⁸⁸⁷ É preciso esclarecer, todavia, que a lei condenou o uso de qualquer sinal de aderência religiosa, como é o caso do véu, a burca, *niqab*, *chador*, *al-amira*, *hiyab*, *shayla* (entre outros, que são espécies de véus mulçumanos), a *kippa* (judaica) e cruzes (cristãs), por exemplo. Assim, *a priori*, não se trataria de uma lei discriminatória contra uma religião específica.

Esse raciocínio exclui o indivíduo que não concorde com a identidade inerente da comunidade. Com essa dinâmica, onde a opinião da maioria forma a base para formulação de políticas públicas, a minoria formada pelos casais homoafetivos continua sendo ostensivamente excluída do acesso a esse direito fundamental (JOHNSON, 2018, p. 14).

Ao observar esse cenário – que se repete em diferentes realidades as quais se amoldam em idênticos pilares⁸⁸⁸ –, é identificável um sacralizado círculo vicioso que se retroalimenta institucionalmente, valendo-se de uma leitura excludente da regra da maioria, e que cunha uma pretensão democrática para justificar uma hegemonia estabelecida.

Exatamente por se valer do processo eleitoral e representativo, essa arquitetura político-institucional dificulta que as minorias possam acessar ganhos consideráveis na via legislativa/parlamentar. Quando a Democracia representativa de fato funciona, e a responsividade dos poderes constituídos tem por objetivo o governo para todos, a permeabilidade de construções possíveis entre dissenso e consenso permite que a racionalidade legislativa reconheça direitos de grupos minoritários – pois essa maturidade representativa decide pela força da legitimidade do argumento e não pela quantidade de indivíduos beneficiados ou contrariados pela decisão. Essa maturidade não pareceu presente no Parlamento das Bermudas⁸⁸⁹.

Marc Johnson destaca, partindo de considerações similares, que os Tribunais das Bermudas ao reconhecerem o direito ao casamento igualitário estão atuando com sua natureza constitucional, defendendo a igualdade prevista na Constituição e, por isso, contra a vontade da maioria de impor sua visão de igualdade, ou seja, impedindo que a maioria perpetue apenas a sua visão de igualdade hegemônica e excludente e que desconsidere individualidades.

A lógica de uma igualdade (e pensamento de identidade pré-estabelecido como formato único e aceitável) é uma herança do pensamento europeu nas Bermudas, o que influencia a teoria jurídica da região⁸⁹⁰. Reconhecer essas dinâmicas conflitantes foi

⁸⁸⁸ Pilares esses formados como um ciclo vicioso: maioria discrimina, opinião discriminatória da maioria é institucionalizada por um sistema representativo, a discriminação é instrumentalizada com um argumento de pseudolegitimidade democrática, a minoria discriminada continua sofrendo com a violência e marginalização.

⁸⁸⁹ Vale dizer que também não parece presente, como se destaca, no Parlamento brasileiro fortemente guiado por ideologias religiosas e por grupos religiosos com considerável poder político e econômico.

⁸⁹⁰ Como dito em outro momento da tese, essa é uma visão eurocêntrica que parte do homem branco, cristão, hétero e liberal como a regra de medição do sistema jurídico e que, por isso, excluiu do direito

importante para que a Corte nas Bermudas pudesse, em *Ferguson et al.*, superar o peso política e culturalmente conferido à regra da maioria (que poderia reforçar a legitimidade da exclusão e da supremacia da deliberação do Parlamento nesse pormenor⁸⁹¹) e atribuir maior valor jurídico e político à igualdade perante a lei. A Suprema Corte, no caso *Ferguson et al.*, sublinhou como o Legislador conferiu prestígio a grupos religiosos de pressão, ao revogar o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. O Governo estava preocupado com a opinião pública, por creditar erroneamente seu mandato democrático aos favores da maioria. O caso *S.A.S v France* mostra como uma maioria (comunidade) *ostraciza* com um questionável argumento de legitimidade democrática aqueles que possuem outra visão de mundo (JOHNSON, 2018, p. 14).

Em situações complexas, as quais demandam por necessárias releituras orientadas mais para uma valorização dos direitos humano-fundamentais que por uma adulação do grupo majoritário, é possível perceber a relevância da *tree living doctrine*. Como grifado por Raznovich, há precedentes relevantes nesse sentido, como no caso *Reyes v The Queen [2002] 2 AC 235*, em que o *Privy Council* concluiu ser inconstitucional a pena de morte *obrigatória* em caso de condenados por assassinato, pois violava o direito de não receber (ou ser submetido a) punições desumanas ou degradantes.

No caso em comento, o Lord Bingham endossou a *doutrina da árvore viva* em sistemas da *common law* que possuam Constituição codificada (ou seja, escrita), pois o ponto de partida interpretativa deve ser o texto constitucional. Para tanto, o *Privy Council* estabeleceu que a interpretação constitucional devesse seguir algumas orientações gerais⁸⁹², o que incluía ter deferência pela vontade da maioria. Essa deferência envolve (i) o dever básico do tribunal, em relação a lei promulgada, como sendo o de interpretar a lei e aplicá-la; (ii) quando uma lei promulgada é incompatível com um direito constitucionalmente previsto o dever do tribunal é de interpretar; (iii) quando a questão for relativa ao significado da lei promulgada, ao tribunal cabe resolver esse aspecto prioritariamente e, após isso, deve proceder com a interpretação

(nas teorias clássicas) aqueles que não lhe era espelhado (mulheres, não brancos, não héteros, não cristãos etc.).

⁸⁹¹ De legislar no sentido de excluir casais do mesmo sexo do direito de se casarem.

⁸⁹² As orientações gerais foram destacadas em três grupos: (a) deferência à vontade da maioria; (b) interpretação generosa e propositiva; e que (c) não há espaço para os valores morais ou a opinião pública do tribunal. A forma de aplicação dessas orientações, e até mesmo sua superação, é pontuada no decorrer das reflexões sobre o caso.

constitucional para determinar se a lei é ou não compatível com a Constituição (RAZNOVICH, 2018, p. 02-03).

A partir disso, há que se delimitar a dimensão a ser atribuída a essa “deferência pela vontade da maioria”. Como destacado por Marc Johnson, quando se analisa o caso das Bermudas, é visível que a maioria hétero e religiosa cristã das Bermudas afirma, pretensamente, que a identidade homossexual é incompatível com a comunidade e que essa minoria deveria “mudar” ou sofrer exclusão. O Judiciário, anulando a vontade da maioria e agindo em favor da inclusão, exerceu sua autoridade⁸⁹³ sobre o Governo e sobre o Legislador. Esse movimento força a comunidade a incluir casais do mesmo sexo, o que (espera-se) tende a normalizar o tema na sociedade. Ainda que isso possa gerar reações de *backlash* (por meio de hostilidades ou ressentimentos contra casais homossexuais ou contra a Suprema Corte das Bermudas), a Democracia real não pode coexistir com exclusões desarrazoadas⁸⁹⁴ (JOHNSON, 2018, p. 14-15).

O caso *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [2004] 2 AC 557 at [132] foi citado no caso Ferguson para uma correlação com o tratamento discriminatório da lei de locação, situação em que a Baronesa Hale declarou que a Democracia valoriza todos os indivíduos igualmente (ou seja, sem discriminação), embora a (regra da) maioria não o faça (JOHNSON, 2018, p. 14-15).

Acrescente-se, sobre o caso Ghaidan, que o julgamento destacou que o tratamento discriminatório não é apenas incompatível com a Convenção de Direitos, mas inaceitável em uma sociedade democrática moderna. Não sendo possível dizer que sempre foi inaceitável, é preciso perceber que, em tempos recentes, tem se tornado inaceitável, pois os tempos mudam, e as percepções da sociedade também (UNITED KINGDOM, 2004, p. 19).

Em Ghaidan, os Lordes de Apelação se manifestaram sobre como a garantia de igual tratamento é essencial para Democracia, visto que esta é fundada sobre o princípio de que cada indivíduo tem igual valor. Ao tratar alguns como tendo menos valor que outros, provocam-se angústia e dor, mas mais do que isso, viola-se sua dignidade como pessoa humana. Além disso, tratamentos discriminatórios são também prejudiciais para

⁸⁹³ Não se trata de uma autoridade autodeclarada, mas proveniente do poder constituinte que lhe conferiu tal mister com a Constituição.

⁸⁹⁴ Defende-se assim que o receio de um *backlash* não seja razão para uma pretensa “domesticação” do Judiciário para a manutenção do *status quo* de supremacia legislativa com a retroalimentação dos modelos excludentes e consolidados, já tão confortáveis para as maiorias hegemônicas e que viram com incômodo sua centralidade no debate jurídico ser compartilhada em uma dimensão mais plural e democrática.

a sociedade como um todo, pois prejudica a coesão social, criando não apenas uma subclasse, mas uma subclasse com uma queixa razoável (ou racional). Se ao Estado é necessário estabelecer distinções, é preciso que haja uma base racional, e esse poder não pode ser arbitrário. Os Lordes de Apelação também reconheceram que, em uma Democracia, os instrumentos de direitos humanos objetivarão sempre garantir a proteção dos direitos fundamentais de membros de grupos minoritários, mesmo quando são impopulares perante a maioria (UNITED KINGDOM, 2004, p. 44).

No que se refere à interpretação generosa e propositiva, como orientação dada pelo *Privy Council*, cabe ao tribunal constitucional: (i) iniciar sua tarefa de interpretação constitucional considerando a linguagem usada, mas deve dar às disposições constitucionais que protegem os direitos humanos uma interpretação generosa e propositiva⁸⁹⁵; (ii) o processo de interpretação das normas eleitas como consistentes com os padrões fundamentais, deve ser orientado também pelos instrumentos internacionais que incorporem essas normas inscritas pela jurisdição; (iii) a identificação, por parte dos Tribunais, de que a Constituição falha na conformidade com padrões internacionais de direitos humanos e individuais, deve ocorrer quando for uma falha clara e for feita de forma a interpretar adequadamente a Constituição (RAZNOVICH, 2018, p. 03).

Como colocado por Karlan (2010), o motivo (ou seja, a razão/motivação de decidir) é importante quando se está em questão o Direito Constitucional e, nesse sentido, a motivação legislativa e a maldade majoritária podem ser tão constitucionalmente problemáticas quanto a repulsa majoritária (KARLAN, 2010, p. 703)⁸⁹⁶. O peso do *Human Rights Act* é relevante para a presente análise, pois sua posição como norma *quase-constitucional* auxilia a ampliação de cenário. Marc Johnson destaca que, a despeito da *Human Rights Act* não se afirmar como um instrumento constitucional, a seção 28 afirma que suas disposições são adicionais à Constituição das Bermudas⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ Essa leitura da interpretação constitucional, com exame da linguagem usada no texto objetivando uma interpretação e inclusiva, capaz de refletir a “inspiração e aspiração” de conceitos básicos sob os quais a Constituição se fundamenta, é adotada pelos países da Commonwealth, especialmente as ex-colônias e territórios. Para maior aprofundamento, sugere-se olhar os casos *Attorney General of Grenada v The Grenada Bar Association*, e o caso *The Attorney General of Saint Christopher and Nevis v Dr. Denzil Douglas*.

⁸⁹⁶ No original: *In short, when it comes to constitutional law, motive matters. [...] And doctrine tells us that, as a legislative motivation, majoritarian spitefulness can be as constitutionally problematic as majoritarian disgust.*

⁸⁹⁷ Funcionando como uma Emenda Constitucional, por assim dizer.

Para Johnson (2018), os direitos humanos são dotados de uma natureza constitucional ao consagrar direitos internacionalmente aceitos. O *Human Rightst Act* é dotado de um status claramente superior ao das leis comuns, em Bermudas, por permitir à Suprema Corte declarar uma lei como inoperante em situações de conflito com as disposições de direitos humanos ali estabelecidos. Esse reconhecimento especial está estabelecido na jurisprudência, como ocorrido nos casos *Bermuda Bred Company* e *A e B*, onde mesmo reconhecendo que os direitos presentes na *Human Rights Act* não possuam o mesmo status que as disposições de direitos e liberdades fundamentais da Constituição, seu status é *quase constitucional* como conferido pelo Parlamento (JOHNSON, 2018, p. 09-10).

Em comparação com o sistema jurídico bermudense, o texto constitucional brasileiro já representa um considerável catálogo de direitos fundamentais, consagrando garantias e liberdades individuais capazes de limitar o poder de supremacia do Parlamento. A CRFB/88 em diversas disposições (e isso irradia para as normas infraconstitucionais) liberdade e igualdade como pilares da dignidade da pessoa humana, merecendo o destaque que a dignidade é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e elemento central sobre o qual gravitaciona todo o sistema de direitos fundamentais.

Ainda que se expressem de formas distintas (o que é esperado, considerando se tratar de realidades, sistemas e cultura jurídicas diferentes), é possível identificar que, em ambos os casos (no Brasil e nas Bermudas), há preocupação com a pessoa humana e o direito de pleno exercício de liberdades e igualdades proclamadas em instrumentos nacionais e internacionais, como parte do processo de autorrealização do indivíduo. Esta envolve o respeito às suas escolhas livres e sua igual proteção no que tange aos direitos e deveres, sendo essa uma razão fundante e legitimadora do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, dentro de uma configuração constitucionalista, tem como função a gestão de conflitos em uma sociedade plural e que possui pretensões distintas. Nesse sentido, uma democracia deve modelar-se para que a igualdade e a liberdade não se restrinjam a uma perspectiva meramente formal.

Então, a atividade jurídica deve possuir um conteúdo ético, de justiça social e com uma perspectiva de fraternidade/solidariedade como meio de superação de uma sujeição acrítica das leis (e da formulação delas). Ainda que a regra majoritária (aplicada na lógica do Legislativo) *supostamente* represente uma vontade popular e, por

isso, democrática, a atividade jurídica não pode, por uma sacralização do procedimento, ignorar o potencial opressor e tirânico que o Parlamento possui. Essa perversão do sistema acontece quando a produção legislativa se afasta de sua submissão constitucional e busca satisfazer o eleitorado, apenas preocupado em reforçar uma manutenção de *status quo*, tal como testemunhado no *backlash* legislativo em Bermudas.

O estabelecimento de valores progressistas consubstanciado em princípios busca não afastar a aplicação da lei – havendo deferência ao poder legítimo do Parlamento –, mas implica reconhecer que há uma constelação norteadora do sistema constitucional no aperfeiçoamento da atividade jurídica. O artifício da interpretação inclusiva possibilita que os princípios ofereçam legitimidade democrática ao exercício da jurisdição ao permitir que minorias impopulares possam ser ouvidas e suas razões e argumentos considerados em uma inafastável construção da Democracia.

Um ponto abordado na decisão da constitucionalidade do *backlash* legislativo e que merece destaque é se a natureza religiosa da promulgação do *Domestic Partnership Act* ampararia a invalidação por parte do Tribunal Constitucional. Se a Constituição das Bermudas é secular ou se permite inclinação religiosa, trata-se de um aspecto relevante que contribui para olhar a legitimidade da promulgação ou da nulidade da *Domestic Partnership Act*. O julgamento incluiu declarações dos Tribunais das Bermudas, Canadá e Reino Unido (todos membros da *Commonwealth*), visto que tais declarações enfatizaram que as Constituições desses países são seculares⁸⁹⁸.

A Suprema Corte concluiu pela existência de motivação religiosa na lei, mas também que apenas isso seria insuficiente para declarar sua invalidade. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu Artigo 9, reconhece como absoluta a proteção de manter ou não uma religião (significando com isso liberdade religiosa e de crença), mas reconhecendo também a existência de limitações, como estabelecido pela jurisprudência dos tribunais nacionais do Reino Unido e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁸⁹⁹.

Logo, apesar do caráter secular da Constituição das Bermudas de caráter secular e da tutela às liberdades religiosa e de crença, um projeto de lei que as manifeste de

⁸⁹⁸ Ver o *Centre for Justice v. Attorney-General and Minister for Legal Affairs* [2016] Bda LR 140 e o *R v. Big M Dreeg Mart* (1985) 1 SCR 295.

⁸⁹⁹ Como visto em *Mc Farlane v. Relate Avon Limited* [2010] EWCA Civ 880, em *R (Begum) v Head Teacher and Governors of Denbeigh High School* [2006] 2 All ER 487, e em *Eweida v United Kingdom* (2013) 57 E.H.R.R. 8.

maneira discriminatória se apresenta como questão inteiramente diversa, por violar outros direitos e garantias constitucionais (legitimando uma postura restritiva por parte dos Poderes Constituídos). O arcabouço construído pela relação entre a Constituição das Bermudas e o *Human Rights Act* permite a permeabilidade de princípios gerais de ambos os instrumentos, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da jurisprudência europeia nessa temática, sempre considerando o impacto do *Human Rights Act* na interpretação de casos complexos (JOHNSON, 2018, p. 15-16).

Pela valorização de princípios dentro de uma hermenêutica constitucional inclusiva e particularmente orientada para uma efetividade democrática, não podem ser afastados a aplicação e o impacto do princípio da vedação ao retrocesso em casos de *backlash*. Particularmente preocupada com a força desse princípio no Direito Internacional dos Direitos Humanos, Susie Alegre (2018) destaca que a capacidade de o(s) Estado(s) interferir(em) nos direitos individuais estaria limitada por essa macro dimensão de tutela.

Para Alegre, o fim último e a motivação principal do Direito Internacional dos Direitos Humanos é tornar os direitos individuais eficazes. Essa dimensão supranacional viria a conferir estabilidade aos direitos humano-fundamentais, pois se assim não fosse os direitos seriam apenas ilusórios. O assunto recebe especial relevo diante da discriminação em face de minorias impopulares ou vulneráveis⁹⁰⁰. Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece o princípio da vedação ao retrocesso, impedindo que se formulem e/ou executem etapas regressivas na proteção dos direitos humano-fundamentais, garantindo, ao menos em tese, uma progressividade desses direitos, de modo que se desenvolvam e “evolam” como o tempo (ALEGRE, 2018, p. 02).

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu Artigo 53, fixa a salvaguarda dos direitos humanos existentes, declarando a proibição de interpretações restritivas ou derogatórias de direitos humano-fundamentais já positivados (seja no âmbito interno dos países membros, seja via Direito dos Tratados). Essa interpretação

⁹⁰⁰ Esse cenário se configura(ria) no caso de um *backlash* reacionário, mediante a aprovação de uma legislação ou de Emendas Constitucionais contra o progresso dos direitos das mulheres (uma espécie de reação às conquistas feministas) revogando o direito de voto e participação política das mulheres, na proibição do casamento inter-racial, na revogação do casamento homoafetivo, no reestabelecimento da escravidão negra, entre outros. Por certo, essas provocações seriam impossíveis no sistema jurídico brasileiro por se tratar de direitos amparados por cláusulas pétreas e dispositivos constitucionais.

ainda é fortalecida pelos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena⁹⁰¹ (que versam sobre as regras de interpretação dos tratados), na medida em que palavras presentes nas disposições aplicadas devam receber significado contextualizado e à luz e de acordo com a finalidade do instrumento internacional. Assim, os Artigos 12 e 53, da Convenção Europeia, bem como a jurisprudência anterior ao debate, não podem servir como justificção de limitação, sendo possível sua invocação apenas para ampliação progressiva, dos direitos já positivados no sistema jurídico das Bermudas⁹⁰² (ALEGRE, 2018, p. 03).

A posição construída pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é a de que, em existindo uma disposição convencional (da Convenção Europeia de Direitos Humanos) com margem interpretativa diversa, deve-se lançar mão de outros fatores e elementos pra que a interpretação seja precisa, visto que, antes de tudo, a CEDH é um sistema de proteção de direitos humanos e, por isso, deve receber uma interpretação tal que seja aplicável, tornada prática e efetiva (fugindo de qualquer leitura apenas teórica e ilusória). É importante considerar, nesse sentido, que, como um sistema de proteção, a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹⁰³ “deve ser lida como um todo e interpretada de modo a promover consistência e harmonia internas entre suas diversas disposições”. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também adota a postura de que a CEDH não é o único instrumento de interpretação dos direitos e liberdades que a convenção consagra, devendo ser utilizadas quaisquer regras e princípios relevantes do direito internacional dos direitos humanos que tenham “jurisdição” sobre as partes. Essa interpretação inclusiva e ampliada consagra a natureza “viva” da Convenção que permite uma interpretação dinâmica e contextualizada com os tempos atuais, a “evolução” das normas (inter)nacionais para definição do significado de termos e noções da Convenção, percebendo-se valores comuns dos Estados europeus para atuar de forma efetiva no exercício interpretativo e decisório (ALEGRE, 2018, p. 03).

Alegre destaca que a Convenção Europeia de Direitos Humanos traz, em seu Artigo 53, uma interpretação mais ampla ao contexto do direito internacional dos

⁹⁰¹ No Brasil essa convenção foi introduzida no sistema jurídico nacional pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009, o que implica reconhecer que essa mesma lógica deve ser aplicada aos tratados de que o Brasil faça parte.

⁹⁰² O que inclui, por óbvio, a positivação realizada pela Corte Constitucional no caso *Godwin-Deroche*.

⁹⁰³ Lógica que se aplica a qualquer tratado ou Constituição, levando-se em consideração serem “sistemas” que devem ser lidos em sua integridade para alcance da melhor interpretação, mesmo em situações ou cenários de aparente contradição interna.

direitos humanos e ao princípio da vedação ao retrocesso, orientando a interpretação de modo a nunca legitimar que direitos concedidos sejam limitados ou derogados por lei subsequente à concessão. Como destacado pela autora “[p]ermitir um passo retrógrado na proteção dos direitos fundamentais no âmbito interno⁹⁰⁴ seria minar a natureza real e efetiva do direito internacional dos direitos humanos” (ALEGRE, 2018, p. 04). Assim, a jurisprudência europeia sobre direitos humanos não reconhece, em abstrato, uma movimentação de *backlash* revocatório do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como uma ação legítima de um Estado (ou sistema jurídico).

Considerando essas questões (ainda que o princípio da vedação de retrocesso de direitos não tenha sido expressamente mencionado, mas falou-se em impossibilidade de revogar direitos reconhecidos), em junho de 2018, por meio da decisão proferida no dia 05 e publicada no dia 07 daquele mês, a Suprema Corte reconheceu que a *Domestic Partnership Act 2018*, no que estabelecia a vedação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, era inconstitucional tornando as disposições retrocessivas declaradas inoperantes (JOHNSON, 2018, p. 02). Dessa forma, a *Domestic Partnership Act 2018* continuou tendo sua validade e aplicação, sendo apenas as disposições discriminatórias declaradas inoperantes, o que, dito de outra forma, demonstra o respeito/deferência à separação dos poderes ao tempo em que reforça o *judicial review*.

Assim, poucos meses após a promulgação da *Domestic Partnership Act*, o presidente da Suprema Corte das Bermudas, o *Chief Justice* Ian Kawaley anulou os dispositivos de proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, dada sua inconstitucionalidade por violar direitos humanos. A Corte declarou, em resumo, que: (i) as Bermudas têm uma Constituição secular sendo, por força da seção 8, vedado ao Parlamento aprovar leis com fins religiosos de aplicação geral⁹⁰⁵ – desse modo as disposições anuladas do DPA eram inválidas por sua promulgação estar a serviço de um propósito religioso discriminatório, o que não é permitido; (ii) é vedado negar e/ou privar uma pessoas de seu direito de acreditar no casamento entre pessoas do mesmo sexo (por motivos religiosos ou não religiosos⁹⁰⁶), do direito de manifestar suas crenças

⁹⁰⁴ Aqui no sentido de “âmbito interno” de um país ou sistema jurídico.

⁹⁰⁵ A revogação do casamento entre pessoas do mesmo sexo e o restabelecimento do casamento como uma instituição tradicional e heteroafetiva foi principalmente um *backlash* orquestrado pelo lobby religioso do PMBL.

⁹⁰⁶ Vale destacar ainda que, a despeito dos movimentos conservadores cristãos terem promovido um *lobby* para revogação do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, outras denominações, também cristãs, se posicionaram favoravelmente e apoiaram o OutBermuda no pleito, como foi o caso da *Wesley Methodist Church* e da *Vision Church of Atlanta* (uma denominação pentecostal progressiva), que pleitearam junto à comunidade LGBTQ+ e seus apoiadores, pelo direito de continuar celebrando

por meio de cerimônias de casamento reconhecidas – o que interfere na liberdade protegida constitucionalmente; e (iii) é discriminatório manter ou restaurar uma definição de casamento com intuito de favorecer uma única crença (de quem acredita unicamente no casamento como uma instituição heterossexual) em desfavorecimento de outra crença (que também acredita no casamento homoafetivo) – a discriminação baseada em credo viola a seção 12 da Constituição (BERMUDA, 2018c).

Considerando que a decisão da Corte não entraria em vigor de imediato, havia o prazo de seis meses para que o Governo das Bermudas decidisse por apelar do caso junto à Corte de Apelação das Bermudas. Em julho, houve manifestação do Governo nesse sentido (BRILHANTE, 2018, p. 12).

A Democracia, conforme Alves e Brega Filho (2015), deve ser organizada para que se assegure o máximo de legitimidade moral, o que consiste em garantir o maior nível de participação (pluralismo) e que grupos minoritários sejam protegidos. Com isso, o pluralismo presente nas Constituições democráticas surge como proposta de coexistirem e conviverem valores e princípio (de caráter absoluto⁹⁰⁷), bem como de soluções que permitam uma vida espontânea. A jurisprudência, do ponto de vista pragmático, deve buscar a concordância prática da diversidade, considerando o pluralismo metodológico na busca de possibilidades como o *modus operandi* mais adequado para as exigências do direito atual (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 126).

Acentuando a tensão entre os Poderes, em 06 de julho de 2018, o Governo das Bermudas declarou publicamente seu interesse em recorrer da decisão da Suprema Corte das Bermudas no caso Ferguson, o que gerou expectativas no sentido de que o Governo procuraria, posteriormente, o *Judicial Committee of the Privy Council*, em Londres, como instância de recurso no caso do recurso junto ao Tribunal de Apelação das Bermudas fosse improvido (JOHNSON, 2018, p. 02).

O Governo levou o caso para a Corte de Apelação das Bermudas (*Court of Appeal for Bermuda* ou *Bermuda Court of Appeal*⁹⁰⁸), processualmente identificado como o caso *The Attorney General v Roderick Ferguson et al. [2018] CA (Bda) 32 Civ*,

casamentos entre pessoas do mesmo sexo em suas congregações (a revogação, dessa forma, feriria o seu direito de crença e o livre exercício de suas crenças – de acreditar no casamento entre pessoas do mesmo sexo e sua celebração como um ritual religioso).

⁹⁰⁷ A problemática se coloca quando esses valores e princípios que arrogam para si o caráter de absolutos colidem e acentuam a complexidade de determinados debates em concreto.

⁹⁰⁸ Também traduzível por *Tribunal de Recurso*, a instância recebe recursos da Suprema Corte das Bermudas, se reunindo três vezes por ano, geralmente por três semanas por vez.

23 November 2018⁹⁰⁹. A Corte de Apelação, em 23 de novembro de 2018, negou provimento ao recurso apresentado pelo Governo, mantendo a decisão da Suprema Corte das Bermudas, de modo a revogar as provisões da seção 53 do *Domestic Partnership Act 2018*, por terem sido aprovadas com uma finalidade principalmente religiosa – e com fins de atender um *lobby* religioso do *Preserve Marriage Bermuda* – logo as disposições de revogação do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo são inválidas e devem ser derrubadas. Assim, a Corte de Apelação acompanhou o entendimento do presidente da Suprema Corte no sentido de que havia uma violação da seção 8 da Constituição das Bermudas (de garante a liberdade de consciência), mas divergiu quanto a uma violação da seção 12 (discriminação de credo).

A Corte de Apelação em *The Attorney General v Roderick Ferguson et al.*, destacou que, divergindo do posicionamento do Chief Justice da Suprema Corte, a motivação religiosa da promulgação do *Domestic Partnership Act 2018*, no que se referia à sua seção 53 (de caráter revocatório de direitos), já era motivo suficiente para afastar sua validade e declará-la inconstitucional (BERMUDA, 2018d, p. 39).

A decisão em *the The Attorney General v Roderick Ferguson et al.* reforça aspectos mencionados pela Suprema Corte das Bermudas, inclusive, julgamentos e precedentes, destacando desde o início os postulantes do processo (e não do recurso), incluindo entidades religiosas⁹¹⁰ favoráveis ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e ao reconhecimento à liberdade de consciência (e religiosa). As entidades religiosas reiteraram nos autos que a revogação do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo é diretamente uma revogação de liberdade religiosa e de crença, pois nem as igrejas cristãs têm pensamento único sobre o tema, e existem diversas outras crenças não cristãs em Bermudas.

A Corte de Apelação fez, para melhor apreciação de toda a contextualização que tangencia a discussão, um resumo dos fatos que antecederam o julgamento recursal, valendo destacar que: a) em junho de 2013, a *Human Rights Act 1981* foi emendada para incluir a orientação afetivo-sexual como um dos aspectos protegidos da discriminação; b) em fevereiro de 2016, o Governo das Bermudas propôs um projeto de lei prevendo a inclusão de parceiros do mesmo sexo nas uniões civis; c) em março de

⁹⁰⁹ Os *Justices* da Corte de Apelação foram Sir Scott Baker (presidente), Sir Maurice Kay e Hon. Geoffrey Bell

⁹¹⁰ É o caso da *Trustees of the Wesley Methodist Church* e da *Tabernacle of the Vision Church of Bermuda*, representados por seus pastores e reverendos que não apenas apoiavam os casamentos homoafetivos, mas já promoviam celebrações religiosas de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

2016, Wayne Furbert apresentou um projeto de lei para remover expressamente a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo de uma eventual interpretação do *Human Rights Act* – o que ficou conhecido como o *Furbert Bill* (o “Projeto Furbert”); d) em junho de 2016, ocorreu o referendo que não logrou êxito pela participação inferior a 50% do eleitorado, de modo que as perguntas foram consideradas “sem resposta” (para os conservadores, a participação consignou uma majoritária manifestação contrária da sociedade às uniões homoafetivas⁹¹¹); e) em julho de 2016, o Projeto Furbert foi aprovado pela *House of Assembly*, mas foi rejeitado pelo Senado, época em que o projeto de lei que previa as uniões civis também foi arquivado; f) em agosto de 2016, Godwin e DeRoche iniciaram o processo junto à Suprema Corte das Bermudas para o reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo; g) em maio de 2017, o caso foi julgado reconhecendo que a proibição com base na orientação afetivo-sexual era discriminatória e por isso inválida, nos termos do *Human Rights Act* (com sua emenda de 2013) e nos termos da primazia dessa lei sobre outras disposições que fossem com ela incompatíveis/inconsistentes, também pela atribuição conferida à Suprema Corte com tal poder. A decisão em Godwin, que reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não foi objeto de apelação; g) em julho de 2017, ocorreram eleições nas Bermudas resultando em um governo formado majoritariamente pelo *Progressive Labour Party* – PLP (Partido Progressista do Trabalho, que é progressivo na economia e conservador nos costumes). O PLP teve como proposta de campanha, entre outras coisas, tornar ilegal o casamento homoafetivo nas Bermudas; h) em fevereiro de 2018, o *Domestic Partnership Act* recebeu aprovação do Governador; i) em junho de 2018, o *Domestic Partnership Act* entrou em vigor (BERMUDA, 2018d, p. 04-05).

A Corte de Apelação, no início de sua apreciação sobre o recurso, enfrenta a questão da separação dos poderes. A Corte estabelece que a “soberania do Parlamento” não é absoluta, o que significa dizer que a legislação que ele produz não pode ser inconstitucional, visto possuírem uma Constituição escrita que subordina a produção legislativa a critérios constitucionais e legais. Nos termos da Constituição das Bermudas criou-se um judiciário independente e baseado na separação dos poderes de um Estado

⁹¹¹ Lembrando que no que se refere à participação (mesmo sem validade) 32% do total de eleitores (aptos a participar do processo, incluindo os que não se apresentaram na votação) foram contra o casamento e 29,3% contra as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, enquanto 14,7% se manifestaram a favor do casamento e 17,2% a favor das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo. Olhando sob a perspectiva *total* é possível inferir que o público contrário não é tão majoritário quanto o referendo fez parecer.

explicitamente secular (ou seja, com expressa separação entre Estado e Igreja). Assim, o Parlamento tem liberdade de legislar, mas está limitado pelos direitos e liberdades fundamentais previstos na Constituição (BERMUDA, 2018d, p. 05-06).

A motivação religiosa da seção 53 do *Domestic Partnership Act 2018* ficou visível na apreciação das Cortes Superiores, pois, diferentemente do restante da lei, essa seção especificamente não apresentou motivação razoável de que fosse uma disposição necessária ou justificável que não por propósitos religiosos – ou seja, buscando proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, restabelecendo legalmente uma visão religiosa (BERMUDA, 2018d, p. 06-15).

O *lobby* religioso restou claro, como assentado na decisão, pois o *Preserve Marriage Bermuda Limited*, em 2015, promoveu uma petição com mais de nove mil assinaturas de pessoas que afirmavam acreditar que o casamento nas Bermudas deveria permanecer definido e sustentado como uma especial união ordenada por Deus entre um homem e uma mulher⁹¹² (BERMUDA, 2018d, p. 18).

Após perder na instância superior do território das Bermudas, o Governo comunicou sua decisão de levar o caso ao *Judicial Committee of the Privy Council*, em Londres. O *Judicial Committee of the Privy Council* – JCPC (ou, simplesmente *Privy Council*) se apresenta como a última instância de apelação dos catorze territórios ultramarinos do Reino Unido (incluindo Caribe e Índico), das dependências da Coroa Britânica, mesmo de países “independentes” membros da Commonwealth – é possível afirmar que o *Privy Council* funciona com a função de ser um Tribunal Imperial de Apelação⁹¹³. As Cortes recursais do Reino Unido, do qual o JCPC faz parte, sofrem de uma relativa confusão de funções, especialmente as funções judiciais⁹¹⁴ e tem como características: (i) subordinação à legislatura, decorrendo de uma perspectiva de supremacia do Parlamento, e seus poderes são conferidos pela *common law* e não de uma Constituição específica, baseando, entretanto, suas decisões em precedentes e

⁹¹² No original: “We agree that marriage in Bermuda should remain defined and upheld as a special union ordained by God between a man and a woman.”

⁹¹³ O JCPC é o tribunal final de apelação para esses países e territórios longínquos: a) Que compõe o chamado *Commonwealth Realm*: Antígua e Barbuda; as Bahamas; Granada; Jamaica; São Cristóvão e Nevis; Santa Lúcia; São Vicente e Granadinas; e Tuvalu; b) *Commonwealth Republic*: Maurícia; Trindade e Tobago; e Kiribati; c) *Territórios ultramarinos britânicos*: Território Antártico Britânico; Ilhas Geórgia do Sul e Sandwich do Sul; Território Britânico do Oceano Índico; Ilhas Pitcairn; Ilhas Falkland; Santa Helena, Ascensão e Tristão da Cunha; Anguilla; Ilhas Virgens Britânicas; Ilhas Cayman; Montserrat; Gibraltar; Bermudas; e Ilhas Turcas e Caicos; c) *Dependências da Coroa*: Guernsey (incluindo Alderney e Sark); Jersey; e Ilha de Man; d) *Áreas Base Britânicas no Exterior*: Akrotiri e Dhekelia. O JCPC foi também a última instância recursal do Canadá em matéria constitucional até 1949.

⁹¹⁴ Essa confusão ficou menos acentuada com as reformas dos últimos vinte anos que buscaram simplificar o sistema de Cortes e recursos.

estatutos – logo a primeira questão dessas Cortes é responder se a legislação enfrentada é constitucionalmente válida; (ii) independência das autoridades administrativas; (iii) método judicial mediante representação por advogados e na adoção de uma metodologia decisória razoável⁹¹⁵ (BARACHO, 2004, p. 151, 147-148).

O caso das Bermudas não abordou de forma direta ou expressa qualquer argumentação quanto ao princípio da vedação ao retrocesso de direitos, de modo que há uma expectativa de que o tema seja enfrentado pelo JCPC, em razão de que o princípio faz parte da construção jurídica da *common law*.

Nesse sentido, o caso *Blackburn v Attorney General [1971] E.W.C.A. Civ 7; 1 W.L.R 1037* se apresenta como um precedente relevante quando se debate a revogação de direitos, visto que no caso mencionado o Lord Denning afirmou que a liberdade dada uma vez não pode ser tirada, desse modo a teoria jurídica deve dar lugar à política prática. No caso das Bermudas a aplicação desse raciocínio conduz a uma reflexão necessária, como colocado por Marc Johnson, considerando que envolve estabelecer se a autorização do casamento no caso *Godwin-DeRoche* equivaleria a conceder direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecendo-se esse direito, ao JCPC caberá enfrentar essa situação como um movimento de retrocesso de direitos⁹¹⁶ (JOHNSON, 2018, p. 06).

O JCPC poderá, com sua decisão, aperfeiçoar a teoria jurídica com implicações nas Bermudas (o que começou em uma virada epistemológica com o caso *Godwin-Deroche* e especialmente com o caso *de Ferguson*), mas que pode oferecer aspectos e reflexos gerais para além do Commonwealth, se decidir que uma lei comum (ordinária) não pode revogar direitos consistentes com o *Human Rights Act*, uma lei com status *quase-constitucional*, fortalecendo a teoria construída pela jurisprudência da Comunidade (JOHNSON, 2018, p. 16-17).

Nessa esteira, a teoria da árvore viva, ou do instrumento vivo, aplicável à Convenção Europeia de Direitos Humanos (reforçada com o precedente *Tyrer v. United*

⁹¹⁵ Essa metodologia deve permitir alguma previsibilidade da decisão, argumentação racional entre outras características que se espera normalmente da postura do Judiciário.

⁹¹⁶ Johnson apresenta uma particular preocupação com uma possível postura progressista do JCPC, pois o PLP (Partido Progressista do Trabalho), que lidera o Governo das Bermudas, encampa um movimento de independência e uma tensão dessa natureza poderia dar peso a essa agenda (2018, p. 06). Esse receio de um possível impasse político não deve(ria) ser uma preocupação para o *Privy Council*, considerando aspectos apriorísticos de sua função (independência, desvinculação da opinião pública, dever de motivação razoável e jurídica). Caso o JCPC se imiscua de decidir no sentido do reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nas Bermudas, estará agindo com autocontenção e impedindo o fortalecimento da teoria da árvore viva e de uma perspectiva interpretativa inclusiva.

Kingdom) legítima que o tribunal transcenda desenvolvimentos e normas culturalmente aceitas pela tradição dos Estados membros da Comunidade Europeia. Qualquer norma, ainda que socioculturalmente estabelecida (ou seja, que tenha como argumento o apoio da maioria da população⁹¹⁷), não é aceitável se representar uma punição ou tratamento desumano ou degradante, nos termos da Convenção (ALEGRE, 2018, p. 01-02).

O JCPC terá de enfrentar a questão da revogação de direitos (discutindo nesse sentido, o precedente do *caso Blackburn*). Teorias democráticas, constitucionais e jurídicas em geral, poderiam defender um argumento abstrato de que o legislador por “representar” a “vontade popular” poderia legislar para remover direitos. Marc Johnson (2018) observa que esse argumento poderia sustentar que o Parlamento do Reino Unido, por exemplo, poderia revogar a Lei Britânica de Direitos Humanos (de 1998) e se retirar da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹¹⁸, bem como revogar direitos dos indivíduos (retirando seus direitos e liberdades civis).

Entretanto, destaca o autor, esse é um argumento abstrato que resulta em um discurso com considerável carga política. Johnson observa que o Governo das Bermudas afirmou que a intenção do *Domestic Partnership Act 2018* é de conceder normativamente direito “a todos os casais”⁹¹⁹ de celebrar uma parceria legalmente reconhecida, quando o resultado da lei foi revogar um direito judicialmente reconhecido (JOHNSON, 2018).

Além disso, trata de maneira discriminatória casais do mesmo sexo por lhes vedar o acesso ao casamento, com isso, buscando, por meio do DPA, estabelecer uma discriminação em face da orientação afetivo-sexual que burle o *Human Rights Act*. Vale destacar que o casamento e parceria civil possuem diferenças materiais entre ambos, logo, como o DPA discrimina casais de mesmo sexo, a Suprema Corte e a Corte de Apelação das Bermudas estão corretas ao declarar a inoperabilidade da seção 58 do *Domestic Partnership Act*, o que é mais acentuado considerando-se o caráter *quase-*

⁹¹⁷ No caso *Tyrer*, os representantes da Ilha de Man usaram como argumento que a maioria da população apoiava o uso continuado de castigos corporais, mas o Tribunal rejeitou estes argumentos de respeito à autodeterminação das localidades por reconhecer outros valores mais universalmente relevantes – a dignidade da pessoa humana (ALEGRE, 2018, p. 02).

⁹¹⁸ As comparações são comparáveis à saída do Reino Unido da União Europeia, destacadamente por um apoio “plebiscitário”. A presente tese não comunga do entendimento de que essa comparação seria razoável, visto que a participação ou não na União Europeia, ainda que tenha reflexos jurídicos é eminentemente política e, por isso, possui uma legitimidade própria de seu *modus operandi*.

⁹¹⁹ A afirmação de que o DPA é um benefício para todos os casais procede na medida em que reconhece a celebração da parceria doméstica para casais hétero e homoafetivos. Em contrapartida não é um benefício para as uniões homoafetivas por revogar o acesso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ao instituto.

constitucional do *Human Rights Act* que está em “harmonia com a Constituição das Bermudas” (JOHNSON, 2018, p. 17-18).

Em um contexto de controle judicial, parte-se da premissa de que uma lei aprovada é constitucional (ou legítima), por força da presunção de constitucionalidade até que se prove o contrário (não se trata de uma presunção absoluta). Logo, dado que o *Human Rights Act* não foi declarado incompatível com a Constituição (nem a Emenda de 2013), direitos e garantias concedidos pela lei são constitucionais. Ao reconhecer que o *Human Rights Act* é compatível com a Constituição das Bermudas, é consequencial que é constitucional a extensão de direitos incluindo as proteções contra a discriminação por orientação afetivo-sexual, o que tutela a não discriminação para casais do mesmo sexo contraírem matrimônio além de outros direitos (JOHNSON, 2018, p. 18-19).

Além disso, o Parlamento das Bermudas (e o Governo com os sucessivos recursos) incorre em uma contradição teórica, lógica e jurídica ao fornecer via *Human Rights Act* a proteção contra a discriminação com base na orientação afetivo-sexual e legislar excetuando a proteção, no que se refere, pontualmente, ao direito ao casamento. Além disso, o movimento legislativo ignora a doutrina da árvore viva, que parece ter sido adotada pela Suprema Corte, ainda que sem expressa manifestação nesse sentido, o princípio da vedação ao retrocesso e princípios progressistas construídos na Commonwealth que, na história recente, tem expandido os direitos constitucionais para incluir o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁹²⁰ (JOHNSON, 2018, p. 19-20).

A jurisprudência e os precedentes da comunidade europeia indicam de modo ostensivo que uma legislação que remova direitos com base em um status específico, como a orientação afetivo-sexual, é uma lei incompatível com a CEDH. O precedente em *East African Asian cases*⁹²¹ foi considerado que o *UK Commonwealth Immigrants Bill 1968* (Projeto de Lei de Imigrantes da Comunidade Britânica de 1968)⁹²² como norma violadora de direitos, mas fundamentado na proibição de tratamento degradante (Artigo 3) e não na proibição de discriminação (Artigo 14) da Convenção Europeia. A

⁹²⁰ É o caso de Canadá (*Civil Marriage Act 2005*), Austrália (*Marriage Amendment Act 2017*), Malta (*Marriage Act 2017*), África do Sul (*Civil Union Act 2006*), Santa Helena, Ascensão e Tristão da Cunha (*Marriage Ordinance 2017*).

⁹²¹ É o termo com que são chamados, coletivamente, 25 casos de cidadãos do Reino Unido e colônias contra Reino Unido, n. 4478/70, 4486/70, 4423/70, 4423/70, 4416/70, 4417/70, 4418 / 70, Conselho da Europa: Comissão Europeia de Direitos Humanos, 10 de outubro de 1970.

⁹²² Vale destacar que o projeto de lei foi aprovado em 1968 se tornando uma emenda ao *Commonwealth Immigrants Act 1962*. Essa emenda reduzia os futuros direitos dos cidadãos de países da Commonwealth de migrarem para o Reino Unido (apontado pelos críticos como uma forma de evitar uma “africanização” da Inglaterra). A lei foi posteriormente revogada pelo *Immigration Act 1971*.

Comissão, à época, entendeu que, em alguns casos, a discriminação pode se configurar em tratamento degradante, por reduzir outra pessoa em sua posição, reputação ou caráter, seja em sua autovisão ou sob os olhares de terceiros. Logo, ao fortalecer a interpretação do Artigo 3, a Comissão estabelece que, ao alcançar um nível de severidade, esse tratamento interfere na dignidade da pessoa humana, o que deve ser tratado pelos Estados Democráticos civilizados com seriedade (ALEGRE, 2018, p. 04).

É pertinente que o JCPC, no que se refere às Bermudas, ainda recebe influência da *Charter of the Commonwealth* (Carta da Commonwealth ou Comunidade Britânica)⁹²³ documento onde a Comunidade se comprometeu a defender e incorporar um conjunto de valores⁹²⁴, entre eles, que (i) os direitos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, não podendo ser implementados de forma seletiva⁹²⁵; e que (ii) se enfatiza a necessidade de promover a tolerância, respeito, compreensão, dignidade de todos os seres humanos como aspecto fundamental para a promoção da paz e da prosperidade. Assim, ainda que não exista menção expressa a proteções de direitos LGBTQ+, as disposições ali consignadas se encaixam na noção de liberdade e igualdade (que são direitos fundamentais e constitucionais).

Ao examinar essas questões (como o CEDH e a Carta da Commonwealth), é possível apontar como termos vagos podem ter longevidade se, com o uso de uma hermenêutica e teoria inclusivas, forem aplicados no sentido de responder às constantes mudanças sociais. A correspondência do Direito com essas alterações são, na contemporaneidade e com o avançado estágio da globalização, objeto de acompanhamento além de fronteiras, de modo que o direito das pessoas LGBTQ+ é

⁹²³ A título de explicação, a Carta da Commonwealth é um marco legal assumido em 11 de março de 2013, onde a soberania britânica (na condição de Chefe de Estado de todos os países que compõem a Comunidade) firmou o documento como expressão de um compromisso coletivo (ou seja, de todos os países integrantes) de desenvolver uma sociedade democrática, livre, comprometida com a paz, a prosperidade e a melhoria de vida de todos os povos. A Carta da Commonwealth proclama como sendo um direito inalienável dos indivíduos participarem dos processos democráticos (Art. 1); proteção aos direitos humanos (Art. 2); a separação dos poderes (Art. 6); o império da lei (Art. 7); o direito à boa governança (Art. 8); o direito à igualdade de gênero (Art. 12), entre outros. Vale destacar que o Art. 2 garante a proteção dos direitos sem discriminação de nenhuma natureza e ainda destaca que a Comunidade se opõe implacavelmente contra toda forma de discriminação e que atua contra discriminações de qualquer natureza.

⁹²⁴ Reconhece-se que existem países na Commonwealth que discriminam pessoas LGBTQ+, mas esses casos não devem ser usados como base para argumentos generalizantes sobre a (in)validade da Carta, devendo-se apenas destacar que esses países se encontram em desacordo com os compromissos e valores assumidos.

⁹²⁵ Esse aspecto é também destacado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

normalmente objeto de atenção midiática e uma jurisdição discriminatória estaria sob o holofote do escrutínio público⁹²⁶ (JOHNSON, 2018, p. 20-21).

A repercussão do *backlash* nas Bermudas recebeu holofotes (inter)nacionais por apresentar uma postura discriminatória e de retrocesso em matéria de direitos humanos por parte de seu Parlamento e Governo. Alegre (2018) compara o caso das Bermudas com o mencionado *East African Asian cases*, pois em ambos houve o uso de uma legislação formalmente legítima para reduzir efetivamente direitos de indivíduos, como que lhes atribuindo status inferior e com isso negando direitos já reconhecidos. Como no *Domestic Partnership Act 2018*, houve uma mudança de posição do status de pessoas homossexuais no sentido de diminuição desse status, ocorreu um inegável impacto na dignidade dessas pessoas e de suas uniões. Essa situação se constitui como violação do direito dessa minoria à vida familiar – o que é um direito protegido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, e como violação da proibição de discriminação no gozo dos direitos (Artigo 14) previstos (ALEGRE, 2018, p. 05).

A despeito dessas questões, o julgamento por parte do JCPC é incerto em alguma medida. Há o risco, mesmo diante da oportunidade da oportunidade de “consertar os galhos e tratar a árvore constitucional”, que o JCPC se esquive e evite um envolvimento ativo e progressista⁹²⁷ como adotou no caso *Edwards v Canada*. A motivação poderia ser política⁹²⁸ implicando em uma decisão neutra (ou conservadora) que acabaria resultando em uma “poda” da árvore constitucional nas Bermudas⁹²⁹ (JOHNSON, 2018, p. 21-22).

Considerando que a doutrina do instrumento vivo tem sido adotada pelo Conselho da Europa (dentro de quem se encontram a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos) para interpretar a CEDH em casos que representem significativas mudanças de atitudes e de padrões desde a

⁹²⁶ Marc Johnson vê esse escrutínio público como algo positivo, pois enxerga nesse constrangimento social uma segurança para as pessoas LGBTQ+, o que pode ser compreendido como uma das facetas de *backlash*. Há que se considerar, entretanto, que o contrário também é igualmente possível. Ao se reconhecer direitos das pessoas LGBTQ+ um determinado Governo (ou Corte Superior) pode se tornar alvo de críticas e pressões públicas. Assim, é importante enxergar os resultados diferentes para uma mesma ocorrência.

⁹²⁷ No que poderia ser entendido como uma postura ativista.

⁹²⁸ O Privy Council poderia adotar uma postura mais conservadora para não provocar tensões com o PLP e movimentos de independência das Bermudas.

⁹²⁹ Com reflexos não só para a teoria das Bermudas, mas para todo o Commonwealth e simbolicamente para os direitos das pessoas LGBTQ+ no mundo.

promulgação da Convenção em 1940⁹³⁰, a perspectiva é que essa construção jurisprudencial seja favorável para os casais homoafetivos das Bermudas (e de outras nacionalidades). Assim, mesmo que não exista necessariamente uma regra formal de seguir precedentes e decisões anteriores, há uma postura conveniente de garantir segurança jurídica, com decisões orientadas pela previsibilidade da igualdade, o que faz com que os precedentes não sejam ignorados sem uma boa razão. Uma boa razão é, por exemplo, considerar as mudanças sociais e estatais, sempre numa perspectiva “evolutiva” (ALEGRE, 2018, p. 02).

A tradição britânica – e, em grande medida, ocidental – defende não haver espaço para valores morais ou opinião pública no tribunal, o JCPC estará orientado no sentido que: (i) o tribunal não está autorizado a ter predileções ou valores morais, mas deve considerar substancialmente o direito fundamental discutido no caso, garantindo a proteção do direito contemporâneo e o amadurecimento da sociedade; e (ii) o tribunal não deve se preocupar com a avaliação e a aplicação da opinião pública no cumprimento de sua tarefa de interpretação constitucional (RAZNOVICH, 2018, p. 03).

A Suprema Corte do Reino Unido já se manifestou no sentido de acompanhar as mudanças sociais como elemento de uma interpretação mais inclusiva como visto no caso *Steinfeld e Keidan* (2018), o que pode ser uma boa referência argumentativa no processo decisório do JCPC para reconhecimento do caráter discriminatório do *Domestic Partnership Act 2018*. Em caso similar ao das Bermudas, a Suprema Corte do Reino Unido (em *Steinfeld e Keidan*) reconheceu que a *Civil Partnership Act 2004* (Lei de Parceria Civil de 2004) era incompatível com a *Human Rights Act 1998* que introduziu no sistema jurídico do Reino Unido a Convenção Europeia de Direitos Humanos (de modo que ela pudesse ser aplicada integralmente pelos tribunais locais e evitando a necessidade de levar os casos para a Corte Europeia de Direitos Humanos).

⁹³⁰ Um caso paradigmático nesse sentido foi apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Goodwin v United Kingdom*, onde Christine Goodwin, após passar por uma cirurgia de transgenitalização pedia pela retificação de seus documentos civis para que constasse seu gênero feminino. A petionária demonstrou no processo que a negativa estava lhe causando violências físicas e simbólicas, como o não reconhecimento do assédio sexual sofrido por, em registro, Christine constar como homem (o que, segundo o judiciário inglês, seria um impeditivo de assédio), discriminação quanto aos benefícios previdenciários, pagamento de seguro e a impossibilidade de se casar com seu companheiro (à época). A Corte Europeia, superando os precedentes anteriores que, segundo eles, “não haviam demonstrado que a ausência de reconhecimento gerava consequências graves o suficiente para superar a margem de apreciação garantida aos estados-parte”, e sem estar vinculada à julgamentos anteriores, analisou o caso à luz dos dias atuais, levantando vários pontos (entre eles, os avanços na sociedade e na medicina sobre o tema e dando especial destaque à dignidade da pessoa humana e direito à privacidade). Cabe destacar o caso *I v United Kingdom*, também de 2002, onde ocorreu a decisão unânime da Corte pelo direito ao registro e direito ao casamento (GALIL, 2019, p. 278-279).

A *Human Rights Act 1998* e CEDH (artigos 8 e 14) resguardam o direito de tutela da igualdade, privacidade, dignidade e autonomia privada.

Em *Steinfeld e Keidan*, a negativa do acesso à parceria civil por pessoas de sexo opostos foi vista como incompatível com as normas de direitos humanos. Assim, pela lógica, na situação oposta (a negativa do direito ao casamento para casais do mesmo sexo), o *Domestic Partnership Act 2018* deve igualmente ser reconhecido como discriminatório. Cabe a observação que o JCPC pode orientar sua decisão fortalecendo o significado da igualdade e de seu papel na teoria jurídica do Estado de Direito (JOHNSON, 2018, p. 25-27).

Esse fortalecimento de uma interpretação inclusiva do princípio da (e direito à) igualdade opera em termos constitucionais e internacionais, pois o conceito de Estado de Direito não pode ser apartado da lógica de aplicação igual da lei para todos. Esse conceito deve equilibrar o fato que a lei se aplica a todas as classes, como uma regra comum, e que também deve considerar uma abordagem substantiva. Esta considera a autoridade do Estado de Direito com base em noções de igualdade, liberdade e liberdades fundamentais. À vista disso, uma lei discriminatória não pode ser legítima (especialmente com uma abordagem substantivista) por ser incompatível com um conjunto normativo de direitos. No caso das Bermudas, o direito à igualdade é legal e constitucionalmente previsto referindo-se a um conjunto inerentes de liberdades que todos devem desfrutar (JOHNSON, 2018, p. 27-28).

A Constituição das Bermudas prevê a universalidade dos direitos ali consignados, e a discussão em *Ferguson*, e anteriormente em *Godwin e DeRoche*, parece sugerir a possibilidade de expansão da proteção constitucional. Há que se destacar que a abordagem substantivista é particularmente criticada por, aparentemente, contradizer a lógica de que padrões morais ou éticos, ou uma opinião coletiva popular não podem ser referências suficientes para se estabelecer direitos fundamentais – especialmente, pelo uso estratégico dessa visão colocar em risco a situação de grupos minoritários que são mais vulneráveis a uma marginalização popular. Isso coloca as pessoas em posições de autoridade (no Legislativo e no Judiciário) com a difícil responsabilidade de determinar em que medida, em uma abordagem substantivista, valores devem ser considerados, bem como determinarem a extensão das proteções contra discriminação como aplicação da universalidade dos direitos. Essa responsabilidade tem uma grande relevância constitucional, pois esse pequeno número

de pessoas se torna bússolas morais que podem se contradizer ou legitimar leis opressivas como não sendo contrárias à igualdade⁹³¹ (JOHNSON, 28-29).

Já houve casos em que a jurisprudência britânica chancelou situações opressivas, como visto no *N v Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 31 [21]*, onde a Câmara dos Lordes, mesmo endossando a “doutrina da árvore viva” mantida em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, por reconhecer que a aplicação de uma interpretação para um Estado-membro é uma ampliação para todos os demais Estados, destacou uma responsabilidade em se ponderar se os Estados teriam aceitado e concordado se vincular à esse novo entendimento. Também em *GS (India) v Secretary of State for the Home Department [2015] EWCA Civ 40 [38]*, a Corte Recursal destacou que uma interpretação da teoria do instrumento vivo com uma limitação de impactos ou ampliações que possam se correlacionar com os casos paradigmáticos e que sejam, por isso, dotados de uma importância maior (RAZNOVICH, 2018, p. 03-04).

As Cortes Superiores no Reino Unido, ao que parece estabelecido com *Steinfeld e Keidan*, parecem se orientar pela noção substantiva de igualdade, sendo formalistas na dimensão em que todos são iguais perante a lei, mas também considerando que as leis (por protegerem direitos humano-fundamentais) não podem ser discriminatórias, depreendendo-se que os tribunais decidam de forma justa. Como o caso mencionado ofereceu fortes argumentos de reconhecimento do direito à vida privada e familiar, também restou claro que a discriminação com base na orientação afetivo-sexual é incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Tais considerações formam um raciocínio consistente com as Cortes das Bermudas mesmo que estas tenham oferecido um fundamento decisório diferente. Todas, entretanto, analisaram os casos utilizando a ideia de justiça substantiva o que, pelo amplo entendimento da igualdade, reconhecem que, apesar dessas diferenças na jurisprudência, existe um reconhecimento comum de igualdade e justiça que permeia a construção argumentativa jurisprudencial (JOHNSON, 2018, p. 29-30).

É possível destacar que, em razão da aplicação de normas internacionais de Direitos Humanos, as disposições legais das Bermudas com caráter discriminatório já seriam inconsistentes *a priori*. A Constituição das Bermudas afirma expressamente que nenhuma lei fará disposições que sejam discriminatórias por si só ou por seus efeitos,

⁹³¹ Considerando que no momento o caso está em sede recursal do JCPC observa-se o risco de se chancelarem proposições opressivas, como se fossem legitimamente democráticas, por uma presunção de soberania parlamentar que não mais se sustenta (ou deveria sustentar) no atual estágio de desenvolvimento cultural e jurídico.

como consta na seção 12 (1), mas, por outro lado, a seção 12 (4) (c) há uma previsão que a proteção contra discriminações não se aplica ao casamento, divórcio, adoção ou outras pessoas em condições especiais⁹³².

A Suprema Corte considerou que a seção 12 (4) (c) tem o condão de apoiar a expansão de crenças e outras leis, no sentido de facilitar a diversidade de crenças sobre o casamento, inclusive destacando a proteção de novas regras para formatos específicos de casamento, como estabelecido no caso *Ferguson*, que reformou a forma como a seção permitiu a facilitação de leis como a *Jewish Marriage Act 1946*, o *Baha'i Marriage Act 1970* e o *Muslim Marriage Act 1984*. O status quase-constitucional do *Human Rights Act* se tornou um elemento importante para a determinação dos limites interpretativos das legislações produzidas após a Constituição das Bermudas, no sentido de expandir as proteções constitucionais e a própria teoria constitucional (JOHNSON, 2018, p. 08-09).

A aplicação do *Human Rights Act* como um fundamento para uma abordagem mais expansiva e protagonista pela Corte Constitucional foi sendo estabelecida em precedentes como em *Bermuda Bred, A e B*, entre outros, especialmente combatendo textos restritivos de proteção de forma expressa presentes na Constituição, como as disposições que impediriam o casamento igualitário.

O *Human Rights Act* concedeu à Suprema Corte a capacidade de interpretar a Constituição à luz da proteção de direitos concedidos naquele instrumento e expandir os já concedidos pelo texto constitucional. Sendo essa capacidade legítima, Bermudas é um exemplo do fenômeno de evolução constitucional que busca acompanhar as mudanças (inter)nacionais em relação aos direitos como uma árvore viva em

⁹³² No contexto original: “The Schedule To The Constitution Of Bermuda – Forms Of Oaths And Affirmations – Chapter I - PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS OF THE INDIVIDUAL (...) **12 Protection from discrimination on the grounds of race, etc.** (1) Subject to the provisions of subsections (4), (5) and (8) of this section, no law shall make any provision which is discriminatory either of itself or in its effect. [...] (3) In this section, the expression “discriminatory” means affording different treatment to different persons attributable wholly or mainly to their respective descriptions by race, place of origin, political opinions, colour or creed whereby persons of one such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded to persons of another such description. (4) Subsection (1) of this section shall not apply to any law so far as that law makes provision— (c) for the application, in the case of persons of any such description as is mentioned in subsection (3) of this section (or of persons connected with such persons) of the law with respect to adoption, marriage, divorce, burial, devolution of property on death or other like matters that is the personal law applicable to persons of that description; or (d) whereby persons of any such description as is mentioned in subsection (3) of this section may be subjected to any disability or restriction or may be accorded any privilege or advantage which, having regard to its nature and to special circumstances pertaining to those persons or to persons of any other such description, is reasonably justifiable in a democratic society”. (os grifos já se encontram no original).

crescimento. Parte dessa influência é fruto da compreensão que os tratados e convenções de direitos humanos podem ser (re)interpretados por essa teoria, como feito no *caso Lendore*, que teve como precedente o *caso Tyrer*, onde o Tribunal Europeu descreveu a Convenção Europeia de Direitos Humanos como um instrumento vivo a ser interpretado de modo a não se limitar aos conceitos e padrões aceitos em uma determinada comunidade (JOHNSON, 2018, p. 10-11).

Então, dotar a Corte Constitucional do monopólio da última palavra pode se apresentar como uma das questões delicadas em uma Democracia, mas é preciso que alguém possa dar a última palavra evitando a instabilidade social e jurídica. Como destacado por Brilhante, em aproximadamente um ano a comunidade LGBTQ+ nas (e das) Bermudas, no que se refere ao direito fundamental ao casamento: primeiro venceram, depois perderam, então venceram novamente e venceram mais uma vez. Agora se encontram em um momento de insegurança por conta da imprevisibilidade do resultado do JCPC.

O caso de Bermudas é particularmente relevante por sinalizar como a dinâmica democrática é legítima e frágil, mas articula a luta dos movimentos sociais e seus apoiadores, a gestão conservadora e reacionária de governos democraticamente eleitos, uma discriminação expressa da opinião pública majoritária. O caso também indica uma apatia (intencional ou não) da participação popular em discussões políticas no referendo e institutos similares, bem como a postura ativista de entidades religiosas (contrárias e a favor dos direitos LGBTQ+) e uma relativa indiferença de instâncias políticas (o Governo Central da Grã-Bretanha) que poderia ter intervindo no processo (BRILHANTE, 2018, p. 12).

É representativo como o caso das Bermudas reflete o contexto democrático contemporâneo, pois é possível desencadear processos complexos, que envolvem “campos de batalha ideológicos no espaço político” quando se conquistam direitos para a população LGBTQ+. Uma ação individual feita na arena oficiosa da jurisdição constitucional (onde um casal lutou pelo seu direito ao casamento) abriu caminho para toda uma comunidade como efeito reflexo.

O Direito tem a função política de transformação social e cultural juridicamente localizada, especialmente, quando acompanha, de forma dialógica, os movimentos sociais que denunciam as injustiças e desigualdades perante os direitos previstos e nem sempre fruídos. A necessidade de se fortalecer uma visão do Estado laico parece mais atual do que nunca, pois é visível o poder da religião que sequestrando para si as pautas

do Governo, pode (tentar) ditar como as instituições devem ser interpretadas e mantidas, mesmo que isso signifique negar e mesmo retirar direitos de uma parte da população.

Há uma “hipocrisia política” do Reino Unido, que poderia ter intervindo, mas não o fez em prol de uma estabilidade política mesmo que isso significasse contradizer sua postura de defensora dos direitos humanos. O caso de Bermudas, mais do que tudo, demonstrou a inconstância e a fragilidade dos direitos humano-fundamentais, especialmente no que tange à orientação afetivo-sexual e de gênero, os quais, enquanto não forem incorporados definitivamente em instrumentos centrais do Direito (como as Constituições e tratados com força vinculante), a proteção dessas pessoas nunca será suficiente. O reconhecimento dessa fragilidade impõe a necessidade do engajamento social e do fortalecimento dos movimentos sociais identitários em constante diálogo com as instituições e com a teoria jurídica, pois a luta se dá contra forças múltiplas e interseccionais. Mudanças legislativas são necessárias, mas como a mudança social pode ser lenta isso implica considerar uma luta a longo prazo (BRILHANTE, 2018, p. 13-14).

O caso de Bermudas também revela como a arena oficiosa do Judiciário se constitui como espaço de luta democrática e como uma postura protagonista das Cortes Constitucionais é democraticamente legítima e relevante quando sustentada por uma hermenêutica que tem reverência pela lei, mas que tem como orientação a constelação de valores eleita pelo sistema jurídico. Assim, como ressaltado Marc Johnson, as Cortes de Bermudas devem manter em sua postura decisória o respeito pela separação dos Poderes e a noção substantiva de igualdade perante a lei, sempre considerando que as decisões devem defender a constituição como lei suprema e como instrumento vivo – o que implica reconhecer que deve acompanhar as mudanças propositivas e progressivas na sociedade, posto que isso signifique superar a regra da maioria.

Assim, é papel dos tribunais em Bermudas (e no restante do mundo, acrescenta-se) perceber como grupos minoritários podem ter suas vozes abafadas pelas massas e, resistindo a essas arquiteturas marginalizantes, deve realizar a Constituição e os direitos humano-fundamentais não se submetendo à vontade da legislativa quando constitucionalmente injustificadas ou da opinião pública mesmo sob riscos de *backlash* popular (JOHNSON, 2018, p. 32-33).

O julgamento pelo JCPC está marcado para os dias 07 e 08 de dezembro de 2020, como última instância de recurso possível, com a publicização da decisão no primeiro trimestre de 2021.

A integração dos Estados em uma comunidade internacional, como é o caso da Europa (com especial destaque para a União Europeia) e, em um determinado sentido, a comunidade político-jurídica formada pelos países do *Commonwealth*, apresenta outra vertente de relativização da soberania majoritária momentânea. Destaca-se que essas realidades representam “uma vontade com vocação de supremacia sobre as leis nacionais e, em algumas hipóteses, sobre a própria Constituição nacional” o que implica, jurídica e politicamente limitação do princípio da maioria nacional (TAVARES, 2005, p. 498). Sob essa perspectiva, as expectativas jurídico-rationais quanto ao posicionamento do JCPC são positivas.

A *doutrina das árvores vivas* foi plantada há quase um século em uma sociedade em situação muito diferente da que está sendo discutida atualmente (tanto nas Bermudas quanto o seria no Brasil em uma eventual ocorrência de *backlash* legislativo), no entanto, vale o destaque que as árvores são plantadas "para o benefício de outra geração" (JOHNSON, 2018, p. 33). O reconhecimento da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos fundamentais suplanta a dicotomia doutrinária e discursivamente construída no desmerecimento de uma categoria de direito em face de outros. A situação das pessoas LGBTQ+ é volátil e frágil quando se sacramentaliza uma leitura já retrógrada da regra da maioria e se ignora a necessidade do equilíbrio buscado em um contexto de democracia constitucional e constitucionalismo democrático.

O aumento da aceitação ao direito dos casais homossexuais em Bermudas foi registrado de acordo com a última pesquisa de opinião pública da OUTBermuda. A pesquisa, realizada em agosto de 2020, indicou que 53% dos bermudenses agora afirmam serem a favor do casamento homossexual (BERNEWS, 2020)⁹³³.

É possível identificar na experiência das Bermudas a proposta de Democracia presente na teoria de Rancière, pois o autor a define como “longe de ser a forma de vida dos indivíduos empenhados em sua felicidade privada, é o processo de luta contra essa privatização, o processo de ampliação dessa esfera”, a democracia não representa, assim, a busca por ganhos individuais, mas uma experiência de construção e

⁹³³ A metodologia da pesquisa: “Global Research utilized Computer Assisted Telephone Interviewing [CATI] to interview 520 Bermuda residents aged 18 years and older [including 450 registered Bermuda voters]. These telephone interviews were conducted between August 20th – August 27th 2020, and the results were weighted to be representative of Bermuda’s population based on age, race and gender. The survey’s margin of error for the study is +/- 4.3%. Reported percentages and summary values may not sum to 100% due to rounding. Where possible, the results obtained are compared to a similar demographically weighted survey conducted in 2016 with 400 registered voters in Bermuda”.

democratização do espaço público por uma efetiva vivência cidadã. Completa Rancière que “[a]mpliar a esfera pública não significa, como afirma o chamado discurso liberal, exigir a intervenção crescente do Estado na sociedade”, mas apenas “[s]ignifica lutar contra a divisão do público e do privado que garante a dupla dominação da oligarquia no Estado e na sociedade” (RANCIÈRE, 2014, p. 72).

Logo, considerando o panorama construído com o caso das Bermudas, é relevante (re)contextualizar a questão de um possível *backlash* oriundo de um avanço conservador-reacionário no Brasil, e, com isso, é necessário (res)significar a teoria democrática já apresentada com o panorama brasileiro presente e futuro. Sob essa orientação, está construído o próximo capítulo.

Capítulo XII. SOCIEDADES (MAIS HORIZONTALMENTE) DEMOCRÁTICAS E O FENÔMENO DO BACKLASH COMO RETROCESSO JURÍDICO-DEMOCRÁTICO

Tudo o que é silenciado clamará para ser ouvido ainda que silenciosamente.
Margaret Atwood, em *O Conto da Aia*.

Como destacado por José Luiz Borges Horta, presenciamos “o renascer da barbárie, muitas vezes perpetrada com a força do próprio Estado, mas sem dúvida imperante na fragilidade do Estado de Direito, que urge evitar”. Segundo o autor, apenas a “conjugação de esforços na construção do Estado da plenitude humana” pode triunfar sobre o caos jurídico onde, citando Bourgeois, espera-se “do movimento da história a realização do desejo humano de liberdade” (2011, p. 23).

Fernandes e Baruffi, reforçam que não se pode negar que o lento reconhecimento de direitos fundamentais e sua concretização estabeleceram uma visão (em maior ou menor medida) de tensão entre eles e a Democracia. Além disso, os autores apontam que o ambiente democrático permite (e permitiu, historicamente) a ascensão de muitos governos ao Poder por meios democráticos e que se valeram da própria Democracia e do apoio majoritário para tiranizar e implementar seus próprios projetos de poder “cultivando uma massa incapaz de definir o melhor e o justo para todos, incluindo as minorias e excluídos” (FERNANDES; BARUFFI, 2015, p. 84).

A Democracia, em sua conjuntura constitucional atual, só existe se estiver valorizando a maioria sem desprezar as minorias, concebendo-se uma vontade majoritária (que deve ser prestigiada), mas não como uma suposta “legitimação” da ditadura dessa maioria (que desconsidera as mais variadas correntes minoritárias) nessa dinâmica (ARAÚJO, 2000, p. 02). Dito de outro modo “não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, ou seja, a democracia deve estar em consonância com os preceitos constitucionais”, sendo certo que ela “exige, assim, a igualdade no exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais” (GROFF; PAGEL, 2009, p. 56).

A superação da visão limitada do conceito de Democracia⁹³⁴ é imprescindível para alcançá-la efetivamente, jurídica, política e ideologicamente orientada para participação e fruição integral dos indivíduos tendo por base a Constituição, a proteção

⁹³⁴ É necessário considerar a política hoje, considerando o estágio atual da percepção do direito de liberdade e igualdade, como um espaço (ou processo) de ruptura com uma suposta ordem natural ou ordem social estabelecida nas revoluções burguesas, de modo que “a condição para que um governo seja político é que seja fundamentado na ausência de título para governar” (RANCIÈRE, 2014, p. 60).

e o gozo dos direitos humano-fundamentais e uma interpretação inclusiva do constitucionalismo democrático.

A participação dos atores da sociedade civil (movimentos sociais, associações, ONGs etc.), bem como a cooperação de formas diversificadas de ação política – ou seja, que envolvam ação direta –, devem ser fortalecidas por meio da criação de espaços onde o poder decisório possa ser partilhado. Sem isso, divergências e disputas entre blocos os quais não conseguem adentrar nos processos deliberativos não terão a visibilidade necessária em um sistema que se pretende democrático.

Os movimentos sociais e as organizações militantes comprometidas com a justiça precisam atuar tanto em campos populares (protestos e ações junto à comunidade/sociedade civil) como em processos deliberativos onde se identifique a partilha decisória. Pereira (2012), amparado em Young (2003), destaca a importância da atuação nas duas frentes para o reconhecimento da tensão democrática em sua dimensão da ação prática e da construção teórica (que devem ser igualmente sustentadas).

Assim, Pereira defende que admitir isso não significa eliminar as conquistas ou os méritos da teoria democrática deliberativa. Considerando-se que alcançar “consenso a partir de processos igualitários, não coercitivos e inclusivos” pode ser difícil, ainda é possível reconhecer que “atores sociais excluídos” lutem por reconhecimento e viabilizem um projeto emancipatório da modernidade. Pereira sublinha, seguindo o entendimento de Chambers (2003) que é preciso, entretanto, ampliar a noção do político em suas dimensões de sociabilidade, bem como “o reconhecimento das desigualdades⁹³⁵ entre diferentes grupos sociais, onde muitas vezes grupos marginalizados têm dificuldade de minimamente cumprirem os requisitos básicos para a deliberação” (PEREIRA, 2012, p. 78).

Pinto Coelho (2012) compreende o Direito como *maximum ethicum* e que está relacionado como objetivação de valores máximos ou supremos que busquem simbolizar o ápice da “processualidade histórica da cultura”, entendimento que se afasta da *doutrina do mínimo ético*. Assim, cumpre reconhecer o Direito “como projeto e facticidade, que irão se implicar dialeticamente no curso histórico”, de modo que o “direito como fenômeno ético em sua inteireza” se realiza (ou é a realização) efetivamente sob o ponto de vista de um maximum e não um *minimum* ético.

⁹³⁵ Esse reconhecimento pode ser pensado dentro das perspectivas dentro de um processo de deliberação.

A partir disso, a “efetivação” é pressuposta com uma “compreensão do direito como ordem de realização dos direitos, sendo a ordem jurídica o momento (objetivo) de realização do máximo que se pode estender a uma vida vivida histórico-socialmente” superando uma visão do Direito “como um sistema normativo coercivo apontado (para), guiado (por) um ideal moral solipsista”. Nessa leitura, em concordância com Pereira (2008), Pinto Coelho afirma que os direitos humano-fundamentais têm como foco jurídico “os valores de cumeada que gravitam em torno do reconhecimento histórico da dignidade humana”, o que torna o Estado e seus procedimentos políticos servos de um ideal de realização de direitos como valor supremo da vida coletiva (PINTO COELHO, 2012, p. 297-298)⁹³⁶.

A (in)constitucionalidade de um possível *efeito backlash* em face do direito fundamental de constituir família livremente e sem discriminação em razão da orientação afetivo-sexual dos contraentes, positivado via controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, nesse sentido, também deve considerar os princípios como parte da constelação de valores e escolhas políticas-jurídicas-e-sociais feitas pelo (e no) sistema jurídico nacional. Os princípios, dessa forma, permitem balizar e nortear a interpretação dos fenômenos, inclusive, os que tenham a presunção de poder soberano e democrático por emergirem (espontânea ou orientada por atores políticos conservadores e reacionários), diagnosticando se sua ocorrência estaria sob o crivo da legitimidade de uma Democracia constitucional ou de um constitucionalismo democrático.

Se a realização democrática é um propósito de uma sociedade civilizada, a legitimidade de um efeito *backlash* à luz dos princípios democráticos (a partir, óbvio, de uma Democracia substantiva) se constitui como condição *sine qua non* para sua assimilação ou rejeição por parte do sistema jurídico-democrático (ou seja, por uma leitura que extraia a racionalidade – o direito – da vontade política).

É possível, a partir de tais reflexões, extrair das considerações de Proni e Proni (2017), que propostas ou ocorrências de *backlashes* discriminatórios ou motivados por preconceitos não se enquadram nas ações civilizadas, por pressuporem o desrespeito à pessoa alheia e “no plano do convívio cotidiano e no plano da vida política” é preciso

⁹³⁶ Acertadamente, Lyra Filho afirma que o Direito, como uma ciência, jamais poderá ser considerado definitivo, acabado ou perfeito, o que não significa dizer que não “verdades relativas alcançadas pelo homem sejam menos objetivas e válidas”. Desse modo, o autor destaca que “é preciso combater em sua origem – a sociedade injusta – e em nós mesmos – pela conscientização assentada numa práxis libertadora – os fantasmas ideológicos” (LYRA FILHO, 2007, p. 21-22).

compreender que “o mundo é complexo e de que é preciso lidar com as alteridades”. Os autores, inspirados em Bobbio (2004), consideram que essa lógica de tolerância/alteridade é uma forma de gerir uma sociedade plural (com diversidade de opiniões, diferenças etc.), de proteger as minorias contra toda forma de preconceito e, a partir disso, afirmam que enfrentar a discriminação e o preconceito é um desafio e a única opção “se o propósito é continuar avançando no progresso civilizatório” (PRONI; PRONI, 2017, p. 173)⁹³⁷.

Conrado Hübner Mendes (2008), buscando sistematizar as equivalências em um Estado Democrático de Direito, aponta que a discussão está orientada por ideais políticos (Democracia e constitucionalismo), variáveis de legitimidade (forma e substância), decisões (políticas públicas e direitos), instituições (Parlamento e Corte), bem como outras dicotomias: maioria v. minorias, populismo v. expertocracia, entre outros. O autor grifa que a atuação jurisdicional e os desacordos institucionais não podem ser reduzidos a simplificações extremas ou que sempre decorram de concepções radicais entre Democracia e constitucionalismo.

Isso implica reconhecer que a demanda *pelo governo do povo e exigência de limites* desse poder tenham parâmetros de legitimidade tanto formais quanto substantivos. É preciso fugir de uma leitura procedimental pura onde a Democracia (e legitimidade democrática) se resume ao simples processo de decisão majoritária. O regime (ou sistema) democrático “tem que se auto-reproduzir, que sobreviver a si mesmo, que gerar um *output* que não suprima as condições do próprio *input* procedimental” (MENDES, 2008, p. 48-49).

É possível extrair das lições de Norbert Elias (1993) que esses processos democráticos e jurídicos (incluindo o fenômeno constitucional e dos direitos humano-fundamentais), por serem fenômenos sociais, não são estáticos e precisam, para sua compreensão, ser apreendidos em uma abordagem que não negue seu dinamismo, ou seja, sua capacidade de transformação. Elias explica que a civilização é um processo incessante, inseparável de outros processos históricos⁹³⁸, e, por essa razão, contribui

⁹³⁷ Em uma lógica democrática e de um Estado Democrático de Direito, não há espaço para se sujeitar a supremacia da Constituição a ponderações ou aplicação em graus, visto que essa supremacia é uma norma do sistema constitucional e sua relativização implicaria a ruptura desse sistema – e a instabilidade do sistema constitucional não é tolerável pela lógica do Estado Democrático de Direito. Assim, em uma sociedade democrática, não há grau mínimo de satisfação constitucional, pois, ou a supremacia da Constituição “é satisfeita ou não é”, aproximando-se “mais das regras que são aplicadas na *all or nothing fashion*” (ÁVILA, 2009, p. 66).

⁹³⁸ Entre esses processos culturais mencionam-se os desdobramentos das manifestações culturais, preceitos éticos, avanços científicos, econômicos, políticos e sociais (PRONI; PRONI, 2017, p. 166).

para se afirmem e se difundam comportamentos civilizados (ou seja, a internalização nos indivíduos desses padrões), de modo que o autor esclarece que “a crescente complexidade das configurações sociais e a multiplicação das relações de interdependência” fizeram com que as instituições jurídicas e as estruturas de poder político se tornassem mais sofisticadas. Desse modo, a ordem jurídica e democrática é regulada por instituições jurídicas que assegurem as liberdades individuais tendem a desenvolver mecanismos que influenciem a sociedade (inter)nacional a ser mais civilizada (PRONI; PRONI, 2017, p. 166).

Vale destacar que a ideia de representação política tem sido debatida em prol de um alargamento de seu sentido, de modo a contemplar grupos sociais minoritários “devido à sua não inclusão paritária no processo político-decisório”. Logo, o conceito de “representação justa” questiona que a representação de grupos marginalizados só possa ocorrer dentro de órgãos legislativos. A análise da realidade contribui para a identificação de que a sub-representação (ou sua inexistência) de grupos minoritários e historicamente excluídos nos Parlamentos se dá por não terem representantes (ou, pelo menos, não em quantidade ou expressividade suficiente). É justo, compreendendo essa realidade, que se reconheçam e defendam mecanismos institucionais que garantam a justa representação dentro de uma Democracia. Essa postura “claramente impõe a revisão da igualdade política formal (o princípio ‘um homem, um voto’), da regra da maioria e do princípio da proporcionalidade” (POGREBINSCHI, 2011, p. 171-172)⁹³⁹.

Honneth (2009) teoriza que o reconhecimento social demanda um *respeito* universalizado por meio de um “conhecimento empírico da situação”, respeito que manifesta uma aquiescência social sobre um formato de autorrealização que o indivíduo e a sociedade encontraram “arduamente com o encorajamento baseado em

Ainda que se defenda que a Ciência Jurídica é dotada de autonomia, ela se enriquece com o diálogo inter e transdisciplinar. Além disso, o fenômeno jurídico (material principal de análise da Ciência do Direito) sofre influências externas e seria um equívoco desconsiderar esses processos paralelos tentando manter uma pureza forçada por uma “insegurança científica” diante de outras ciências, como as Biológicas, Físicas ou Químicas. Esclarecido isso, é preciso considerar que axiomas procedimentais formais silogísticos (Parlamento eleito como sendo sinônimo de produção jurídica legítima e como reflexo da vontade popular e, por isso, democrática) devem ser abandonadas em prol de uma leitura mais substancial de Democracia e de compreensão do fenômeno jurídico.

⁹³⁹ A ameaça do *backlash* em face do direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas estão presentes concretamente no contexto brasileiro, como destacado nas Partes I e II da presente tese, como a ADIN que foi proposta contra a Resolução do CNJ, a proposta legislativa do *Estatuto da Família, a Lei Distrital 6.160/2018* (que estabelece as diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal, mas estabelecia como família apenas a união entre homem e mulher) que foi objeto da *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5971*. Esses casos demonstram que a preocupação quanto a aplicação do princípio de vedação ao retrocesso em face de tentativas de *backlash* não se trata de um mero exercício filosófico, mas uma real ameaça ao Estado Democrático de Direito.

solidariedades de grupo”. Em sentido contrário, o *desrespeito* é a manifestação da perda do respeito no processo de socialização dos indivíduos.

No que tange ao espectro político e jurídico, há uma demanda para que os indivíduos (engajamento individual) se insiram na luta política para que possam encontrar seu autorrespeito perdido na socialização (HONNETH, 2009, p. 185, 218, 259-260). À luz dessa dialética, os movimentos sociais identitários e a atuação individual da pessoa LGBTQ+ (identificável como pertencente de uma minoria e grupo vulnerável) são estratégias importantes para o alcance de um respeito social que compreenda e assimile essa autorrealização (aquiescendo sobre isso). A positivação do direito ao reconhecimento da união homoafetiva é uma parte desse processo, pois simboliza uma dimensão de “assentimento” estatal e uma legitimação argumentativa e simbólica para construção de uma cultura jurídica de inclusão e reconhecimento.

Gomes (2019a) oferece uma importante contribuição para essas tensões quando se aprofunda na teoria democrática de Cattoni (2011), que ele chama de “democracia sem espera”, pensando no agora da Democracia, como uma oposição de “uma democracia possível” como um ideal a ser atingido. Gomes extrai dessa teoria que a “democracia sem espera” entende o processo de realização da democracia é um processo constituinte de longo prazo, considerando a Constituição como projeto aberto que está em contínua construção.

É preciso abandonar a postura deificada adotada pela doutrina, uma vez que “seria insustentável continuar afirmando, em uma abordagem reificada e reificante, a menoridade da sociedade brasileira” diante dos “desafios representados pela vida democrática moderna, sendo necessário reconhecer, no transcurso da história dessa sociedade, o processo de aprendizagem democrática já vivenciado, ainda que de maneira fragmentária” (GOMES, 2019a, p. 484).

Dito de outra forma, o autor defende que não se insista em um projeto democrático o qual ainda tenha “um povo ainda incapaz para ela; deve tratar-se, ao contrário, de afirmar a vivência dessa democracia já em curso aqui e agora”, razão pela qual “não pode esperar mais para ser institucionalizada, com todas as suas pretensões internas, em todas as esferas da vida social” (GOMES, 2019a, p. 484).

Assim, a defesa de uma Democracia ativa e crítica, a qual compartilhe o significado da Constituição com o povo em um processo de construção coletiva e dialética não importa afastar o controle judicial de constitucionalidade, nem estabelecer esse procedimento de tomadas de decisões jurídico-políticas como instrumento central

dentro de uma Democracia. As Cortes e os Tribunais Constitucionais não são titulares de um poder supremo, nem, com exclusividade, da significação das normas constitucionais, são apenas os melhores intérpretes judiciais da Constituição em uma dada rodada de debates e esse poder de correção tem uma função de mediação dos dissensos que aperfeiçoa, portanto fortalece e não enfraquece, a Democracia⁹⁴⁰.

12.1. Jurisdição Constitucional forte *versus* Sociedade Democrática forte: a interpretação de significado no debate social implica barbárie?

Como apontado por Flávia Danielle Santiago Lima (2017), abordar a judicialização envolve “discutir o processo em que as regras, procedimentos e discursos jurídicos permeiam quase todos os aspectos da vida moderna”, em que as “instituições sociais acabam por adotar mecanismos ‘quase-judiciais’”. Trata-se, como já afirmado, de um fenômeno global, pelo qual se identifica, em diversos países, a ampliação da atuação judicial nas esferas sociais, de modo que a crescente interferência do direito acaba dispondo os atores políticos para se envolverem dentro das estratégias estabelecidas pelo *jogo do direito*. Esse “jogo” oferece, ao contrário de outros espaços, “uma constante oportunidade de discussão das questões morais, para o que denomina de combate simbólico – mas respaldado em objetivos materiais – entre interesses conflitantes” (LIMA, 2017, p. 390).

O fortalecimento do Poder Judiciário, segundo Lucas Henrique M. da Conceição (2016), esvaziou o caráter político⁹⁴¹ da CRFB/88, “desestabilizando” a separação de poderes, fazendo que o paradigma legalista desse lugar a um (re)interpretacionismo de todo o direito, tendo como base normas principiológicas e uma leitura moral da Constituição. Esse movimento do constitucionalismo contemporâneo tem no resgate da relação entre Moral e Direito uma de suas características marcantes, pertencendo assim

⁹⁴⁰ Não se pode ignorar problemas cotidianos que são perpetrados por uma leitura da Democracia que não se justifica como uma forma ou sistema de Estado, mas como modo de vida social e político.

⁹⁴¹ Rancière (2014) apresenta uma teoria que confirma também esse ponto de vista, pois, para o autor, a despolitização do assunto público deve ser criticada, pois as dinâmicas democráticas estabelecidas pelo sistema legitimam um discurso de delegação das escolhas aos especialistas por meio do uso de processos para encontrar respostas aos problemas sociais elitizando os discursos e excluindo as pessoas impactadas da decisão (IMPERATORI, 2015, p. 228). Há que se ponderar, todavia, que A Democracia, já em suas complexas contradições atuais, demanda por uma construção que envolva “um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais”, pois demandam “especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício (SILVA, 2002, p. 69) e condições materiais ou substanciais (não necessariamente monetárias) para sua fruição (como seria o caso de condições institucionais ou legais) como as necessárias para o exercício do direito de liberdade para formar uma família o que justifica aos interessados exercer sua “criatividade cidadã” para fazer valer a perspectiva substancial da Democracia.

“ao movimento crítico filosófico do pós-positivismo, que reconhece a forma normativa dos princípios jurídicos, assim como de sua importância na aplicação e fundamentação da Constituição” (CONCEIÇÃO, 2016, p. 216)⁹⁴².

O uso do Direito para resolver questões políticas, ignorando a importância da participação popular, o que implica, também, delegar a responsabilidade da solução de questões democraticamente relevante exclusivamente para especialistas (juízes e legisladores), esvazia a relevância da cidadania na Democracia e dos grupos sociais organizados e movimentos sociais que compõe essa comunidade política.

Cerqueira Neto, a partir disso, propõe que sejam valorizados outros canais de diálogo, “[n]em todo poder aos juízes, nem aos legisladores”. O autor destaca a experiência estadunidense, onde a Suprema Corte adota (ainda que não de forma permanente) a autocontenção⁹⁴³ priorizando outras vias de diálogos possíveis e de diálogos sociais. Aproximando as perspectivas de Häberle (2002) e Cass Sunstein, Cerqueira Neto reforça a participação de diversos atores no processo de identificação dos sentidos da Constituição (2014, p. 293-294).

Para Cerqueira Neto, Cass Sunstein, de forma acertada, defende uma postura autocontida das Cortes (assumindo um minimalismo judicial) para temas em que há profundo desacordo social, postura esta que, todavia, não parece adequada a depender do tema de desacordo: como as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Uma autocontenção do STF, por exemplo, em uma suposta deferência aos procedimentos parlamentares implicaria submeter uma população inteira (por ser minoritária) à indiferença e/ou à resistência de um Parlamento conservador.

A dignidade humana, a liberdade de constituir família e a igualdade no gozo de direitos e de reconhecimento da proteção do Estado não representam valores que possam ser silenciados em prol de uma “deferência” aos procedimentos tradicionais, uma vez que tais direitos/valores representam os mais arraigados na história da Democracia (liberal, inclusive). Nesse sentido, Cerqueira Neto (2014) aponta que parte da teoria constitucional brasileira, como é o caso de Daniel Sarmiento (2009), reconhece

⁹⁴² O autor destaca que a concentração de poder no Judiciário acaba (em maior ou menor medida) resultando no abandono da política democrática, pois a expectativa de realização dos objetivos constitucionais recai sobre os juízes e Cortes que atuarão produzindo precedentes que aplicam e interpretam a norma constitucional. Essa dinâmica reforça a ideia de que a solução seria potencialmente inequívoca retroalimentando o monopólio da última palavra sobre o significado da Constituição nas mãos das Cortes (CONCEIÇÃO, 2016).

⁹⁴³ Para um aprofundamento maior sobre a autocontenção, seus aspectos relevantes e controvertidos, sugere-se a leitura de “Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção” de Flávia Santiago Lima (2014).

que um protagonismo judicial se justifica em certas searas, “como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia de funcionamento da própria [D]emocracia”, enquanto outros temas demandem autocontenção privilegiando as deliberações no espaço político tradicional, onde a regra majoritária não incorra em injustiças e riscos à Democracia (CERQUEIRA NETO, 2014, p. 294).

Existem questões de ordem constitucional cuja resposta não está pronta no sistema jurídico⁹⁴⁴, o que demanda que a solução seja fruto de uma interpretação justificada de modo que casos difíceis (como os que envolvem privacidade, liberdade, direitos de personalidade, entre outros) “recaem nas hipóteses de ambiguidade da linguagem, de desacordo moral e de colisão entre normas”. Como demandam interpretação, as decisões são imbuídas de fatores extrajurídicos (valores pessoais, ideológicos, políticos e institucionais), e a própria formação dos Tribunais Superiores, no Brasil por exemplo, se faz por influência, os sujeitos que ocupam essas cadeiras possuem ideologias que coincidem com interesses governamentais (o que justifica sua escolha e indicação), “o que acaba por influenciar, de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos” (SOUZA, 2018, p. 110).

Assim, uma confiança no Judiciário ou em Cortes e Tribunais (Constitucionais ou não) não deve ignorar o aspecto político e ideológico de sua composição, o que importa em reconhecer que não há uma neutralidade metafísica unicamente orientada pela “vontade constitucional”.

Os novos ventos da contemporaneidade, com suas lutas e contradições, derrotas e conquistas sopraram o ideal da dignidade da pessoa humana como valor supremo do Estado Democrático de Direito, do qual decorre o respeito à pluralidade de peculiaridades que compõem a personalidade do homem, as quais são alçadas à categoria de direito fundamental. Além de tais atributos constituírem direitos de personalidade, integrando, portanto, o elenco de direitos subjetivos, passíveis de reivindicação judicial. Nesse sentido, configura-se um sistema jurídico que carece legitimar em sua esfera o afeto: como o direito do sujeito em decidir os rumos da própria vida (potencialidade de exercício); como o direito do sujeito de constituir um relacionamento com total liberdade (liberdade no exercício); e, como o direito do sujeito de ter tratamento isonômico para todos os tipos de relacionamento (igualdade no

⁹⁴⁴ Souza faz referência, nesse caso, aos “casos fáceis, nos quais existe nítida identificação do efeito jurídico ao aplicar a norma ao caso concreto, ocorrendo mera subsunção do fato à norma”, o que significa dizer que o sistema jurídico normativo (produção legislativa) já traz as respostas “prontas” (SOUZA, 2018, p. 110).

exercício quando comparado com o padrão hegemônico). Sob essa premissa, há que se fundar e sedimentar uma nova moral com suporte jurídico, não como instrumento corretivo de conduta, mas no intuito pedagógico de mudança de comportamento da sociedade, desde que não haja violação de direitos de terceiros, respeitando-se os direitos de personalidade dos indivíduos envolvidos, dotadas as partes de capacidade plena de seus atos (SOUZA, 2018, p. 174).

É necessário, todavia, incluir nesse debate também o risco de que as Cortes Constitucionais atuem com abuso⁹⁴⁵ em sua função de interpretar e ocasionalmente dar sentido ao texto Constitucional. A supremacia das Cortes Constitucionais, como proposta teórico-principiológica no constitucionalismo jurídico, segundo Miguel Godoy (2015), se compreende no processo de “autointitulação” do poder de dizer a última palavra sobre o significado da Constituição e, a partir desse protagonismo crescente, as Cortes e os juízes se converteram em “instrumentos de garantia da legitimidade do sistema constitucional”. Ainda que seja possível compreender um papel importante do Poder Judiciário no processo interpretativo constitucional, o “poder de última palavra” pode incorrer em extrapolação de sua função. Como Godoy assevera “[d]e guardião do poder constituinte e, assim, da Constituição, os juízes em geral e o tribunal constitucional em particular acabam por substituir esse poder constituinte, usurpando-o do povo” (GODOY, 2015, p. 43).

⁹⁴⁵ Pode-se extrair de Fachin que analisar o exercício de abuso de direito implica considerar que tal atuação possui um limite, de modo que a execução desse exercício de direito, quando alcança extremos, compromete a convivência em comunidade e viola as regras que engendram a suprallegalidade (2013, p. 384-385). O mesmo, portanto, se aplica no exercício de ferramentas constitucionalmente previstas no sistema democrático. Miguel Godoy ressalta a importância de se discutir “com a transformação das cortes constitucionais em atores hegemônicos da ordem constitucional é [que ela torna] a relação cada vez mais distante entre Constituição e política democrática”. Com isso, o autor busca destacar que quanto mais a interpretação constitucional se torna exercício exclusivo das Cortes como seus atores finais e vinculantes, mais ocorre um esvaziamento da política democrática no terreno da Constituição. Para o autor “a Constituição se liberta do poder constituinte, mas a política também se desvincula das finalidades constitucionais” (GODOY, 2015, p. 43). É possível vincular esse fenômeno do ativismo judicial como um potencial meio de constitucionalismo abusivo. A discussão dessa questão está usualmente relacionada ao chamado fenômeno da *Supremocracia*. Este seria um fenômeno brasileiro com consequências nas competências institucionais dos poderes estatais. A *Supremocracia* resultaria, nesse sentido, “de uma escolha procedida pelo poder constituinte quando optou por uma Constituição ampla, cidadã, com muitos detalhes e essencialmente principiológica”. Para além disso, o fenômeno “resulta da maneira escolhida para realizar o controle de constitucionalidade das normas e da presença marcante do constitucionalismo entre os demais ramos do Direito”. Também se constitui como fruto da “ambição” do Constituinte de 1988 que pretendeu legislar diversos âmbitos (sociais, econômicos e de outras ordens), de forma que “qualquer assunto que venha a ser tratado no parlamento, pode acabar sendo submetido à apreciação do Supremo, devido à constitucionalização do Direito” (BRASIL; GOMES, 2016, p. 101). É possível dizer que a CRFB/88 se estruturou na lógica de que todos deveriam ganhar. É uma constituição sem perdedor, por isso sua analiticidade.

Mesmo considerando a relevância social e jurídica do protagonismo judicial em matéria de direitos fundamentais, é necessário levar em conta as críticas direcionadas ao fenômeno, especialmente, quando as presentes reflexões orbitam sobre o efeito *backlash*, que pode ocorrer como “efeito colateral” aos avanços das Cortes. Como destacado por Machado Segundo (2017), ao fazer uma analogia das decisões judiciais/precedentes com medicamentos cujos efeitos indesejados podem se manifestar muito tempo depois, compreende-se plenamente a necessidade de analisar qualquer fenômeno que possa (in)diretamente ameaçar a Democracia com um olhar crítico e permanente. Dessa sorte, se faz necessário analisar com seriedade as críticas formuladas sobre o ativismo judicial e as conseqüentes questões da judicialização das demandas cidadãs e a excessiva esperança (depositada pela sociedade) no rol emancipador da jurisprudência constitucional (CASTRO, 2014, p. 121)⁹⁴⁶.

Na condição de uma espécie de espelho dos conflitos presentes na sociedade (bem como das forças e dos sujeitos políticos), muitas demandas judicializadas estão marcadas pela incidência de valores (fé, desigualdade de gênero, por exemplo) que não podem ser desconectados da discussão e acabam por ser determinantes na escolha interpretativa do jurista ao considerar a (incidência) que está “mais afeita ao ordenamento jurídico e aos princípios de direitos humanos”. Em diversos temas judicializados, é perceptível a incapacidade do Estado (incluindo o próprio Poder Judiciário) de eliminar discriminações arraigadas na sociedade⁹⁴⁷.

A positivação dos direitos humanos (no que se refere aos direitos sociais e direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, de modo especial) tem se tornado uma

⁹⁴⁶ Obviamente que esse receio, entretanto, jamais deve servir de argumento para desencorajar o uso das arenas judiciais como espaço de discussão e construção democrática em prol de uma maior efetivação e garantia de direitos humano-fundamentais. Especialmente em ambientes com extrema desigualdade material e social, como é o caso do Brasil que, assim como a América Latina, parece ainda claudicar quanto ao exercício da Democracia e isso pode ser destacado, extraíndo-se das lições de Fernando de Brito Alves, por (i) duas décadas de processos de transição política para o reestabelecimento da Democracia; (ii) reformas de abertura e ajuste econômico como uma resposta do neoliberalismo tardio que prejudicaram os Estados em lidar com aspectos sociais, o que causou desproteção de amplos setores da sociedade e com isso um descrédito político; e (iii) déficit de representação consubstanciados em baixos índices de confiança no sistema político (ALVES, 2013, p. 225).

⁹⁴⁷ A análise de Pirotta nesse caso está particularmente orientada à questão da discriminação de gênero em face da mulher nas relações de trabalho. Em uma perspectiva mais geral é possível destacar que Já em 2006 o STF alertava para a necessidade de superação de “incompreensíveis resistências sociais e institucionais” que estivessem fundadas em preconceitos inadmissíveis (como o preconceito e discriminação em razão de orientação afetivo-sexual). Alerta, na manifestação do Min. Celso de Mello na ADI 3.300 – MC/DF, que essa visão é também compartilhada por “eminentes autores” que analisavam (muito antes do reconhecimento pela Corte – o que ocorreu apenas em 2011) a união homoafetiva como questão significativa e evidenciavam “com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas” (STF, 2006, p. 05).

pauta da mobilização social para evitar que sobre a interpretação do texto legal ou aplicação de princípios constitucionais possa incidir preconceitos diversos, visto que princípios (quando isoladamente considerados) não garantem que a interpretação atenda aos requisitos de proteção integral aos direitos humanos (mesmo que reconhecidos em instrumentos internacionais e pela doutrina) pertinentes à temática (PIROTTA, 2009, p. 13).

Quando as demandas sociais e políticas são levadas para o palco judicial, isso se dá como uma das estratégias democráticas de atuação. A construção democrática se faz tanto pelas instâncias representativas, como também pelas deliberativas e participativas. A legitimidade de todas as participações se encontra emanada da CRFB/88. A participação popular, entretanto, deve ser avaliada com cautela, pois pode também atuar de forma nociva para a construção democrática. Pereira, com respaldo em Tilly (2004) afirma que movimentos sociais podem ser *antidemocráticos* por meio de uma apropriação de estratégia e organização de contramovimentos preocupados com uma manutenção conservadora da sociedade⁹⁴⁸.

Então, a questão relevante é identificar como as diferentes dinâmicas internas dos movimentos podem contribuir com a democracia a partir de suas relações com os demais atores sociais. Pode-se extrair de Pereira, que segue o entendimento de Della Porta e Diani (2006), que merecem uma maior atenção dos Poderes estatais aqueles que se baseiem na participação e não na delegação, que busquem (ainda que seja difícil) aproximar-se de um consenso, contrapondo-se à uma sacralização do voto majoritário no processo decisório, e ainda que funcionem em redes horizontalizadas e não hierarquizadas (PEREIRA, 2012, p. 80-81)⁹⁴⁹.

⁹⁴⁸ O período entreguerras na Europa contou com relativo apoio popular de grupos insatisfeitos oportunizando o fortalecimento de regimes fascistas e totalitários. No Brasil, o período que antecedeu o Golpe em prol da Ditadura Militar teve o apoio de movimentos conservadores da sociedade temerosos do “fantasma do comunismo”. Assim, ainda que todo movimento popular tenha uma legitimidade apriorística (direito de manifestação, liberdade de pensamento, livre associação), nem toda manifestação social organizada é democraticamente positiva. A contradição natural da democracia é legitimar inclusive movimentos que se manifestem contrários à democracia (ainda que isso indique uma dissonância cognitiva de tais indivíduos sobre a realidade e a natureza da democracia).

⁹⁴⁹ Nesse sentido, pode-se destacar que o debate democrático é concebido, em Mouffe, como um diálogo entre indivíduos. Esse(s) diálogo(s) estabelece solidariedades novas e permite que uma rede (ou base) de confiança se estabeleça entre os indivíduos de forma ativa. Quando há uma “abertura” dialogal, os conflitos podem ser pacificados, especialmente se essa abertura puder se dar nas diferentes esferas públicas atingindo dessa forma, uma potencialidade maior de sujeitos com interesses diversos. Essas relações estabelecidas permitem o desenvolvimento da tolerância recíproca para que seja possível a convivência entre interesses (e sujeitos) diferentes. Não que o diálogo extirpe da sociedade a divergência, esta continuará a existir sempre, mas evita-se a cristalização de posturas de antagonismo entre os diferentes interesses e posicionamentos (MOUFFE, 2005, p. 48).

Analisando as teorias democráticas de Habermas, Mouffe e Dryzek, Pereira aponta em cada uma a questão do consenso x dissenso, igualdade para a Democracia deliberativa, aspectos esses que se apresentam como fatores de tensão e contradição aparente. À luz disso, Pereira destaca que “a legitimidade em um sistema democrático se constrói a partir de procedimentos nos quais a participação de indivíduos se dará em condições de igualdade”, ou seja, onde (i) todos sejam dotados de oportunidade de manifestação; (ii) exista possibilidade de questionar os próprios procedimentos; e (iii) se verifique permeabilidade para inclusão de indivíduos ou grupos que não faziam parte da deliberação. Apresenta-se, assim, um problema central na lógica da Democracia deliberativa e representativa, por presumir uma igualdade democrática que se alia no valor representativo/deliberativo do argumento na construção de consensos e, entretanto, a realidade das sociedades democráticas é a de que grupos minoritários são excluídos dos debates deliberativos, seja por preconceitos diversos ou, quando participam, esta se dá condicionada à negação de sua própria diferença (PEREIRA, 2012, p. 75-76)⁹⁵⁰.

Um exemplo do antidireito produzido por uma atuação de *backlash* e retrocesso do direito dos casais homoafetivos de serem reconhecidos é a violação da integridade sexual da pessoa humana. Nesse ponto, Giorgis destaca que um retrocesso quanto ao direito à livre sexualidade do indivíduo implicaria um crime contra a identidade e liberdade individual, com apoio em Luís Edson Fachin (1997), acrescenta que a sexualidade é uma dimensão fundamental da constituição do indivíduo em sua subjetividade e se compõe como alicerce indispensável para que o livre desenvolvimento da personalidade ocorra (GIORGIS, 2001).

Há que divergir quanto a propostas de legitimação de decisões constitucionais em sede da Suprema Corte em decidir de acordo com a voz das ruas como um caminho viável ou que possa conferir legitimidade para determinadas decisões. Como demonstrado na presente tese, a opinião pública pode, em contextos de crises econômicas e sociais, se voltar contra o sistema jurídico (eleito como uma espécie de bode expiatório) e, com isso, comprometer a estabilidade democrática.

⁹⁵⁰ É preciso evitar que as democracias padeçam do mal de serem democracias apenas na aparência, como já denunciava Saramago. Nessa “aparência” de Democracia, os partidos parecem funcionar (ou de fato funcionam), a liberdade de expressão (quando pensada em termos diretos e imediatos) é respeitada, o Governo, Tribunais e a chefia do Estado parecem funcionar harmonicamente e acontecem eleições periódicas onde ocorre participação popular pelo voto. Quando há uma aparente Democracia, “as pessoas preocupam-se pouco com procedimentos gravemente antidemocráticos” (SARAMAGO, 1992).

É importante que a interpretação jurídica e constitucional leve em consideração fatores históricos e sociais, mas sempre que estes puderem trazer valor à norma, dado que o direito positivado (ainda que numa versão mais inclusiva) é a base para a estabilidade científica e prática do Direito e do processo decisório. Ainda é válido destacar que a opinião pública é uma manifestação *potencialmente* (e não necessariamente) majoritária, o que reflete uma maioria momentânea e conjuntural que não é dotada de legitimidade para revogar ou anular a maioria soberana fundadora consubstanciada no texto constitucional. O Parlamento e a Corte Constitucional devem decidir com base na Constituição e a sociedade tem a função, na dialética histórica e exercício da cidadania ativa e participar aperfeiçoar ou refutar o significado conferido pelas instituições considerando sempre os *valores democráticos*.

A acusação de que o STF, em sua atuação de defesa das minorias e dos grupos vulneráveis, fragiliza o sistema jurídico e constitucional, ou a Democracia, por suposta usurpação de competência não procede, como apontado por Thamy Pogrebinsky (2001). O aumento de remédios constitucionais (destacadamente as Ações Direta de Inconstitucionalidade) impetrados no STF, a despeito de ser usualmente evocado como indicador de um aumento do nível de judicialização do país e como meio de mensurar a natureza da judicialização como propriamente política, não é um dado que confirme o senso comum teórico de uma Corte Ativista e que exista uma retração do Legislativo em um processo de “supremocratização” da política.

A autora destaca que a atuação do STF de forma paradigmática se restringe “em um seletivo e limitado conjunto de casos que, por mais que não se apresente de modo estático, não tende a variar muito”, mesmo que o senso comum teórico taxe como um sinal de ativismo judicial⁹⁵¹. Esses casos são insuficientes para que se possa afirmar que o STF se tornou o centro do sistema político, afastando-se conclusões apressadas nesse sentido ao se observar “os resultados daquelas [ações] efetivamente decididas pelo STF”. Os casos usualmente levantados pelos opositores dos avanços constitucionais presentes nas decisões do STF (e que taxam a Corte como ativista como que para negar sua legitimidade) tratam como regra geral o que é exceção, ou, seria melhor dizer,

⁹⁵¹ Pogrebinschi cita, por exemplo, “decisões sobre fidelidade partidária, verticalização das coligações, cláusula de barreira e número de vereadores, assim como outras sobre objetos de natureza menos explicitamente política, como criação de municípios, greve dos servidores públicos e células-tronco” (2011, p. 07) ao que se poderia acrescentar o reconhecimento da união homoafetiva como união estável em 2011.

tratam casos que são “*outliers*, isto é, registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra” (POGREBINSCHI, 2011, p. 06-08).

O fortalecimento de uma teoria ou de uma cultura jurídico política que integre o caráter democrático da jurisdição constitucional é sempre visto com preocupação e contestações. Paulino (2018), destacando as críticas desenvolvidas por Ana Luísa de Navarro Moreira (2014), aponta que a possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas à constituição por parte das Cortes não seria dotada de legitimidade democrática, dentro de uma concepção discursiva de Democracia, “pois isso enfraqueceria a responsabilidade do povo como autor e intérprete final da [C]onstituição” (PAULINO, 2018, p. 47).

Verifica-se, o que é exemplificado nesse caso, que há uma espécie de “fantasma” do “sequestro” da Democracia por parte das Cortes, como se Parlamento e “povo” abdicassem de sua função discursiva (ou seja, de debate para alcance de consenso ou amadurecimento mediante dissenso), depositando nas Cortes toda a responsabilidade. Ainda que essa preocupação seja legítima, há que se argumentar sobre valores democráticos e jurídicos que autoriza(ria)m isso, uma vez que estão além do espectro debatível dentro de uma sociedade que alcançou um patamar pretensamente sólido de maturidade. Sobre essa inquietação em particular, vale destacar que direitos humano-fundamentais limitam a atuação das Cortes, dos Parlamentos e da própria manifestação de vontade da população⁹⁵².

⁹⁵² Há que se acrescentar ainda (mas isso merece uma reflexão a parte em considerações específicas para isso) que se Parlamento e “povo” optam por “lavarem as mãos” diante de determinados temas entregando-os para a decisão das Cortes, essa decisão (de transferência de atuação) seria (por livre escolha) democrática em sua essência. Se não for possível aceitar que o “povo” pode decidir por relegar aos Tribunais a discussão de temas democráticos, pois esse tipo de escolha estaria “fora do alcance” decisório democrático (como um direito inalienável), ou mesmo representaria um retrocesso democrático, é forçoso reconhecer que há direitos e temas que não podem ser confiados à decisão pública (pois já alcançaram um patamar de estabilidade democrática). Sem buscar qualquer tipo de defesa de uma Democracia antidemocrática ou uma Democracia “sem povo” ou vazia de participação, é necessário que existam limites democráticos para manutenção de um Estado Democrático (Constitucional) de Direitos. Nesse sentido, reforçando uma ideia de autocontenção democrática, Bielschowsky desenvolve a reflexão que a Democracia “não pode ser compreendida fora de seu contexto e fundamentação axiológicos-culturais”. Ignorar tal premissa lógica, para o autor, faria ser possível aceitar que uma “Democracia” poderia sustentar um *governo totalitário antiliberdade*, se a decisão por tal modelo fosse alcançada adotando, cumprindo e respeitando todos os procedimentos formalmente democráticos de aferição da vontade majoritária. O autor aponta o absurdo lógico que seria se se aceitasse que a vontade majoritária (aferida com o atendimento de todos os procedimentos democráticos) determinasse a disposição (ou seja, eliminação) dos direitos individuais de uma determinada minoria (ou grupo vulnerável), como sendo uma decisão democrática. Bielschowsky, com essas e outras ponderações, busca demonstrar que “o procedimento jamais transcenderá a substância”, ou seja, a “forma jamais substituirá os argumentos” materialmente democráticos (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 65).

Não há a intenção (nem por parte de Bielschowsky, nem é pretensão da presente tese) de abandonar as normas procedimentais, pois elas são uma garantia democrática que resguarda “a igual liberdade política dos indivíduos, e, até por essa razão, não podem pretender violá-la”, o que se defende, todavia, é superar uma potencial narrativa de “absolutização da vontade das maiorias” – o que está inafastavelmente relacionado com a suposta legitimidade das narrativas de *backlash* como fenômeno democrático inclusive para fins de retrocesso. Bielschowsky resgata uma irônica questão de Bertold Brecht que é relevante quanto ao *backlash*, que é pensar para onde o poder emanado do povo está indo, visto que o exercício democrático do poder (ainda que político) deve estar amparado por uma orientação de autopreservação da própria Democracia (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 65-66), ou seja, que leve em consideração os direitos humano-fundamentais, a Separação de Poderes, os direitos políticos etc.⁹⁵³.

Angioletta Sperti questiona se essa temática (o protagonismo judicial para reconhecer direitos de minorias como a união homoafetiva) se enquadra como uma *judicial revolution or constitutional inevitability*. Analisando especialmente a realidade dos Estados Unidos, Sperti defende que estudiosos divergem sobre o papel dos tribunais no processo de transformação do direito e da sociedade, sobretudo, no que se refere a aplicar suas teorias ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por um lado, há o posicionamento negativo, bem ilustrado pelas colocações de Rosenberg (2006), para quem não cabe às Cortes a determinação e reformas sociais significativas e que o litígio constitucional seria contraproducente na luta pela igualdade em razão do risco de *backlash* legislativo e resistência social.

Para essa linha de pensamento, as vitórias nas arenas judiciais impedem a construção adequada dos movimentos ativistas no sentido de convencer a sociedade a apoiar a causa em questão e com isso pressionarem os líderes políticos a mudarem a lei. Esse posicionamento, por fim, afirma que a população LGBTQ+ confunde, segundo Rosenberg, o pronunciamento judicial com conquistas de direitos e, nessa visão, haveria mais ganhos se a questão não fosse judicializada ou esses grupos tivessem perdido na arena judicial (SPERTI, 2017, p. 84).

⁹⁵³ Bielschowsky, nesse sentido, afirma que o caso o exercício desse poder seguir “em uma direção que não trate cada cidadão com igual respeito, inclusive os cidadãos da minoria, certamente não será um caminho democrático” (2013, p. 66). Nesse sentido, a ocorrência de um *backlash* que induza ou conduza à tomada de decisões (legislativas, executivas ou judiciais) para revogar ou reduzir direitos, ainda que tenha um pretenso apoio popular majoritário e conte com respeito aos requisitos formais institucionalizados, as decisões serão antidemocráticas, razão pela qual certos temas devem, em razão da própria manutenção da Democracia, ser blindados pelo princípio da vedação ao retrocesso.

Em sentido oposto, destaca-se o posicionamento positivo para a atuação das cortes. Essas teorias criticam o *backlash* como argumento democrático-constitucional. Segundo Sperti, esse posicionamento positivo enfatiza a contribuição dos tribunais para a mudança social, pois, mesmo em situações que ativistas percam na via judicial, a arena das Cortes contribui na mudança da opinião pública, além de forjar novos entendimentos constitucionais, o que oportuniza a formação de bases argumentativas e teóricas para conquistas futuras. Posto que a judicialização de demandas, especialmente na jurisdição constitucional, tenha potencial de polarização superior que os atos legislativos, o apoio social da pauta discutida não é determinada nem pelo Congresso, nem pelos Tribunais. É preciso contextualizar, desse modo, cada situação, pois a reação a uma determinada decisão judicial pode ocorrer com variados níveis de intensidade, variando com o contexto institucional. Logo, é um equívoco invocar a decisão judicial como única e necessária causa de polarização política (SPERTI, 2017, p. 84-85).

Argumentos, segundo Robert Alexy (2012), a favor do exercício do monopólio da última palavra estar nas mãos da Corte Constitucional envolvem compreender, portanto, que: (i) no aspecto formal, como imperativo de controle, alguém precisa ter o poder de decisão como instância final – a independência do STF com relação à opinião majoritária é fator de legitimidade dessa titularidade, visto não estar vinculado aos sabores e humores políticos das massas⁹⁵⁴; (ii) no aspecto material, há uma demanda de otimização dos direitos fundamentais, o que controle de constitucionalidade nas mãos das Cortes Constitucionais acaba oferecendo uma nova camada protetiva, caso o Legislativo responda negativamente ou se omitindo quanto às violações de direitos fundamentais – a corte atua no processo interpretativo com o dever constitucional de acolher, proteger e ampliar os direitos fundamentais ; o último argumento envolve (iii) o aspecto procedimental ou de representação argumentativa, que pressupõe o controle de constitucionalidade como “exercício de autoridade do Estado” baseado no argumento válido e racional de base constitucional e seus valores (da Constituição) como

⁹⁵⁴ Reitera-se que não se compreende, consideradas todas as nuances ligadas ao exercício democrático em uma sociedade plural, que a titularidade final da interpretação constitucional seja a opinião pública, ou numa expressão mais instrumental “vontade popular”. A interpretação constitucional é um tanto mais complexa, e a massa (a quem estrategicamente atribui-se o título de povo como falácia argumentativa de um projeto de poder) não está vinculada ou limitada pelo discurso do argumento razoável e do debate desapegado em busca pelo bem coletivo – e não da maioria. Ainda que soberano e titular da soberania, o povo jurídica e politicamente limitou-se a si mesmo com a opção por uma constituição democrática e pelo estabelecimento do Estado Democrático de Direito, o que torna a interpretação um processo que deve envolver o diálogo institucional, a participação popular e a intermediação racional de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

fundamento de controle – o exercício deve oferecer uma argumentação constitucional que constitua um sistema racional dotado de razões boas e verdadeiras capazes de convencer (ou ser razoável para) a comunidade política (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 131).

O Tribunal Constitucional é (e atua como) um catalisador das aspirações democráticas (protegendo minorias, direitos fundamentais, incluindo pluralismo), permitindo propiciar uma experiência democrática (mesmo que limitada ao âmbito de um processo). O debate da união homoafetiva foi, primeira e precipuamente, construído pela jurisprudência como discussão difusa de constitucionalidade, sendo paulatinamente edificado pela doutrina e Ciência Jurídica, foi se configurando como pauta internacional, até (no caso brasileiro) chegar ao movimento de ápice ao ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade. É inegável admitir que não houve um reconhecimento ativista e abrupto, mas foi resultado de uma longa e extensa construção racional e argumentativa até o seu coroamento na decisão do STF, em 2011, e com reflexo no CNJ, em 2013.

Deve-se garantir *o respeito à integridade e à coerência do Direito*. Não pode haver uma decisão de interpretação (especialmente constitucional) que desconsidere a reconstrução da história jurídica da comunidade jurídica. Não se está afirmando que a História relativize a autonomia do Direito, mas que o intérprete reconheça que “o paradigma do direito como integridade” não pode se dar sem que exista coerência com os princípios formadores da integridade moral da comunidade. Essa postura deve considerar a utilização de padrões hermenêuticos adequados com a necessidade de fundamentação da decisão (CAVALCANTI, 2018, p. 11). Igualmente, *deve-se estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais*.

Esse padrão reconhece a responsabilidade política de juízes e Cortes e a função política do Direito, por consequência, já que estes devem deixar claro nas decisões quais razões de fato e de direito foram consideradas para o sentido conferido àquele caso. O dever de motivação das decisões é uma responsabilidade constitucionalmente prevista (Artigo 93, IX da CRFB/88); daí surge “o direito fundamental à obtenção de decisões adequadamente fundamentadas”, como um desdobramento do direito ao devido processo legal como inerente ao Estado Constitucional (CAVALCANTI, 2018, p. 11).

Cabe ainda, *garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não*

constitucionalmente adequada. Esse método está fortemente relacionado com o dever constitucional de que as decisões sejam motivadas, apresentando especial preocupação com a preservação da força normativa da CRFB/88 e do caráter deontológico dos princípios. A fundamentação histórico-concreta deve prevalecer sobre pretensões solipsistas, com respeito à tradição (jurídica), coerência e integridade do Direito e, com isso, dificulta-se a adoção de interpretações discricionárias (CAVALCANTI, 2018, p. 11).

A postura protagonista do STF, como identificada no caso do reconhecimento da união homoafetiva, não impede que a decisão tenha sido construída a partir de uma perspectiva racional, sustentada pela doutrina majoritária e/ou pela jurisprudência dominante e, com isso, apresentando razões adequadamente fundamentadas. Ao se analisar a correspondência dessas razões e da coerência argumentativa para o caso concreto podem oferecer elementos indicativos na compatibilidade da conduta decisiva e o ordenamento jurídico (FACCENDA, 2017, p. 233)⁹⁵⁵.

Alves e Brega Filho entendem que o Judiciário (especialmente na jurisdição constitucional) ocupa “uma especial e difícil posição de intermediação entre Estado e sociedade”. Assim, à luz das reflexões de Zagrebelsky (2007) consideram que os princípios, por consistirem em noções de conteúdo variáveis – cumprindo, portanto, uma função essencialmente dinâmica – indicam que o texto constitucional, contemporaneamente, está orientado à mudança, o que faz com que os juízes dentro do constitucionalismo reconheçam na legislação uma rede de vínculos jurídicos, movimento que se opõe ao legalismo que ampara uma (pretensa) autonomia legislativa (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 127)⁹⁵⁶.

⁹⁵⁵ Ao reconhecer a constitucionalidade da união homoafetiva, o STF (e as demais cortes constitucionais, como observado na Parte II da presente tese) agiu dentro da legitimidade democrática de reconhecimento do pluralismo, podendo-se mesmo falar de um exercício de *Democracia radical*. Como destacado por Tavares, respaldando-se em Pires (1995), essa função exercida é de “conservar, promover e alargar o consenso constitucional”, sendo o consenso uma ideia de democracia, como um plasma pré-democrático. Esse consenso argumentativo se faz à luz da Constituição, de modo que as Cortes atuem como um filtro das impurezas manifestas pela vontade geral momentânea e conjuntural que consideram que o recurso do princípio majoritário, dentro de uma ideia de *decisionismo democrático*, pode tudo suplantar (TAVARES, 2005, p. 511).

⁹⁵⁶ Considerando ter a Democracia uma característica de autoaprendizagem não se pode negar que o Sistema Jurídico (o Direito) também é dotado dessa mesma propriedade, o que se alicerça em bases científicas e práticas visíveis e identificáveis. A fundamentação democrática e a positividade do Direito permitem entender o sentido da limitação do próprio sistema como uma narrativa fundante para a *blindagem* de direitos fundamentais reconhecidos à luz da hermenêutica constitucional. Entendo a existência de limites institucionais e a necessidade de uma mútua contribuição dos poderes constituídos para a atribuição de significado constitucional para uma decisão política, Alves e Brega Filho, com suporte em Walter Claudius Rothengurg (2005) apontam que quando a corte constitucional decidir pronunciando-se interpretação restritiva e em evidente retrocesso, faltar-lhe-á “argumentação racional de

Mais do que uma nova rodada institucional, movimentações de retrocesso por parte do Parlamento ou da jurisdição constitucional deve ser submetido ao debate público e escrutínio argumentativo, racional e político da sociedade, como forma de promover também, além de um constrangimento epistemológico pela atribuição de entendimento violador aos valores democráticos, também permite que o debate social promova tanto quanto necessário uma ressignificação do conteúdo da Constituição – promovendo assim um constitucionalismo democrático deliberativo, participativo e crítico.

A partir disso, é possível afirmar que o “fundamento da Constituição é a democracia” e que “a Constituição é revolução democrática perene” ultrapassando a mera bi-implicação lógica e se constituindo como “um círculo virtuoso que se estabelece entre a legitimidade e substância” (ALVES, 2013, p. 324). Dessas reflexões, é possível traçar algumas abordagens do sistema jurídico-democrático como um organismo vivo e em constante aperfeiçoamento. Como observado por Nádia Urbinati uma “analogia do “corpo” no pensamento político é tão antiga quanto à reflexão sobre política. Teorias de legitimidade política desenvolveram teorias sobre a substância do corpo político, o que o faz político” (2013, p. 06).

Não seria prudente negar que as democracias contemporâneas se desenvolveram em sociedades complexas (marcadas por dissensos e conflitos) e por isso a estabilidade do sistema democrático se tangenciou a partir de uma relação imbricada com o sistema jurídico (que absorveu valores democráticos), o que fica claro na opção pela Constituição como símbolo da democracia (ou, ao menos, de um deles). A Constituição, por sua vez, legitima o sistema político, legal e institucional (o que inclui, por exemplo, a atuação das Cortes Constitucionais), de modo a limitar a vontade política do Estado e da sociedade como meio de conferir segurança ao sistema democrático.

Essa explicação é elucidativa quando se pondera que a positivação do direito à união homoafetiva via controle de constitucionalidade pelas Supremas Cortes adota uma técnica argumentação hermenêutica complexa para analisar uma situação desviante

base constitucional que justifique o monopólio da última palavra” retornando ao Poder Legislativo a legitimidade de rediscutir a matéria em uma dinâmica de troca de sujeito originariamente legitimado (ALVES; BREGA FILHO, 2015, p. 132). Ao Legislativo cabia originariamente discutir a matéria, mas quedou-se inerte, a possibilidade de que a união homoafetiva volte ao debate legislativo apenas se legitima para ampliação do que já foi positivado pelo STF. O controle de constitucionalidade por omissão busca dar concretude para a ordem constitucional, destacando que se configura uma violação não pelo simples ato de “deixar de legislar” sobre determinada matéria, mas uma real desobediência do dever constitucional de legislar e ao não o fazer viola o Estado Democrático de Direito e sua função precípua (o que legitima um novo equilíbrio da separação dos poderes)

(o fato social da existência das uniões homoafetivas não reconhecidas juridicamente, ou seja, sua não previsão no limitado arcabouço legislativo) que, no uso da razão (direito), poderia ter repellido a demanda, se não a considerasse legítima, mas assimilou essa variação no sistema positivo.

Ainda que a previsão legislativa oriunda dessa assimilação representasse a estabilização do sistema com a reestruturação do corpo normativo (o que seria esperado como resultado de diálogos institucionais), a jurisprudência constitucional e internacional (na cultura jurídica do Ocidente e da Corte Interamericana de Direitos Humanos) já é dotada de legitimidade balizadora de uma estabilidade protegida pelo princípio, e que também é um fundamento, da vedação de retrocesso⁹⁵⁷. Ao ser assimilado para dentro da fronteira do sistema (que equivale à membrana de uma célula), não há (ou não deveria haver) reações de retrocesso sob pena de fragilizar o sistema, sua estabilidade e seu funcionamento⁹⁵⁸.

O protagonismo judicial, nesse sentido, pode, de fato, apresentar-se com mecanismo de aprimoramento do “processo político majoritário representativo”, nas questões em que esse não responde (por inércia ou ineficácia) determinados assuntos constitucional e socialmente relevantes⁹⁵⁹. A atuação judiciária para resolver esses

⁹⁵⁷ Goldman chega a reflexões similares, ainda que parta de uma perspectiva diferente (o autor faz suas ponderações a partir do “direito quântico”). O padrão de funcionamento das células pressupõe um constante estado de sensibilidade diante das mudanças do meio e de sua configuração que capacite essa organização adaptar-se, enquanto sistema, conforme as necessidades. Essa característica de adaptação e aprendizagem se vincula à capacidade de decifrar e atender as necessidades à medida que surgem. Tratando-se da Democracia como um sistema e o Estado Democrático de Direito como manifestação desse sistema, os princípios democráticos e de representatividade popular devem estabelecer permeabilidade quanto às manifestações de sua fonte primária que é a Constituição, também constituindo a democracia como garantia de volatilidade (ou seja, de capacidade de mudança) de um sistema normativo. Dito de outra forma, a presença do aspecto democrático no direito garante a permeabilidade do sistema jurídico para que receba e perceba a realidade da sociedade (GOLDMAN, 2010, p. 103-104).

⁹⁵⁸ Nessa perspectiva, a ocorrência de um backlash orientado para o retrocesso de direitos fundamentais teria como paralelo uma reação de autofagia (autodestruição) do sistema. Em razão disso, em razão de um backlash legislativo caberia acionar a jurisdição constitucional. Na perspectiva de Brega Filho, que o faz na esteira de Konrad Hesse (1992), o STF atua à medida que produz sua jurisprudência constitucional construindo “um sistema de valores baseados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais”. Ainda que se reconheçam as críticas quanto à interpretação a partir de valores (sob a alegação que estes desembocariam na confluência de valores subjetivos dos juízes e, com isso, na insegurança jurídica) fato é que a jurisprudência constitucional tem produzido um “corpo firme de pontos de vista e regras, permitindo resolver as questões concretas que afetam direitos fundamentais” (BREGA FILHO, 2002, p. 89). A provocação do STF quando há uma situação de backlash seria democrática pelo uso estratégico da jurisdição para promover um novo debate do significado dos valores constitucionais.

⁹⁵⁹ No atual contexto da Democracia Constitucional, Maneiro e Pulcinelli destacam que o Judiciário foi “chamado a deliberar sobre assunto que não era originariamente de sua alçada” e o exercício da “interpretação construtiva” deve “abranger os demais autores constitucionais”, de modo que as instituições (políticas e sociais) “podem e devem se arvorar na condição de intérpretes da Constituição” significando com isso “uma abertura dialógica na construção do provimento jurisdicional”. Segundo as autoras, “embora o litígio estratégico seja um importante instrumento de transformação da realidade

assuntos é objeto de crítica por uma suposta ausência de legitimidade democrática, o que reflete uma visão limitada que restringe o “processo democrático de representatividade popular” ao voto (ou seja, ao processo eleitoral). Também há críticas quanto à politização da justiça e incapacidade judicial de decidir certas pautas. Entretanto, o ativismo judicial, quando constitucionalmente legitimado, se configura um artifício útil “no combate às desigualdades sociais” solucionando problemas dessa natureza, bem como os “relacionados à problemática de aplicação dos direitos fundamentais” tendo por base a CRFB/88. Isso, por óbvio, não nega a necessidade de seu uso de “forma excepcionalíssima, sob pena de ferir a repartição dos Poderes, consagrada como cláusula pétrea em nosso ordenamento”, além de forçar que o Legislativo atue de modo pleno sucedendo uma representação popular eficaz (SOUZA, 2019, p. 126)⁹⁶⁰.

Nesses termos e processos, se mostra clara a função política do direito. Como destacado por Salim e Silva, a Constituição é a forma como o sistema jurídico (racional) e o político (vontade) se interligam. O constitucionalismo democrático encontra na

social, sem a concretização do diálogo pode acabar servindo como ferramenta de autoritarismo judicial” e com isso implementar um “potencial regressivo” por meio de decisões monológicas (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 215-216).

A jurisdição constitucional é mecanismo que assegura e efetiva as “liberdades individuais (negativas e positivas)” e a “liberdade democrática (autonomia, o político)” dentro de uma “a moldura constitucional” construindo, com isso, “uma liberdade concreta objetiva e universal”. É possível mesmo questionar a existência de confronto entre “Lógica Constitucional Vs. Lógica Democrática”, ou seja, uma tensão (no caráter problemático dessa ideia) entre direitos fundamentais e Democracia, já que ambas as dimensões “têm uma relação de interdependência” na atualidade, o que autoriza o estabelecimento do argumento que um Estado realmente constitucional seja antidemocrático ou que um Estado Democrático possa ser inconstitucional. A delegação do papel de assegurar essa “moldura constitucional” às Cortes Constitucionais é um fenômeno adotado na maioria das Constituições do mundo que se avocam na condição de Estado Democrático de Direito, como meio de conciliar a efetivação da vontade das maiores, também efetivando a liberdade individual (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 155-156).

⁹⁶⁰ Assim, não se trata de instabilidade sobre a resolução definitiva da matéria (nem de engessamento antidemocrático do tema), mas pensar que o monopólio da última palavra, e aplicação do princípio da proibição de retrocesso, apenas se justifica, legítima e fundamenta materialmente na defesa dos direitos fundamentais. Alves e Brega Filho destacam que o exercício desse monopólio “não impede que sejam abertos canais de participação popular nas decisões, tentando dar à decisão, além de justificação jurídica, a legitimidade democrática”. Desse modo, quando entidades representativas da sociedade civil organizada participam das audiências públicas organizadas pelo Supremo Tribunal Federal, garantindo a ampliação do debate em matéria de controle de constitucionalidade e especialmente quando envolvem desacordos morais, há um importante estabelecimento de uma justificação democrática além da justificação jurídica do monopólio do Poder Judiciário (2015, p. 133). As contribuições de Thamy Pogrebinski são valiosas no sentido de demonstrar que as Cortes Constitucionais, em razão de sua função de salvaguardar direitos humano-fundamentais constitucional e internacionalmente assegurados, se revelam um espaço “propício para produzir uma representação propriamente política (e não meramente judicial) de minorias” e grupos historicamente marginalizados. Pogrebinski destaca que, mesmo buscando “a representação de seus interesses nos órgãos legislativos, deveriam buscá-la prioritariamente nos órgãos judiciais” (e em particular nas Cortes Constitucionais) capazes de atuar como uma instância pró-minoritária. Desse modo, a ampliação da representação política para instituições não eletivas pode dar voz para as demandas de minorias e torná-las presentes no cenário democrático (POGREBINSCHI, 2011, p. 174).

CRFB/88 o acoplamento estrutural entre esses sistemas, formando o Estado Democrático de Direito.

A judicialização da política é um fenômeno inerente das democracias constitucionais e legitima a atuação das Cortes junto à sociedade. A função política do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais) é promover esse acoplamento estrutural entre sistema político e sistema jurídico com o intermédio da CRFB/88, o que faz com que as inter-relações aconteçam por meio do processo operacional interno devido. Essa atuação, vale o destaque, é legítima (mas não apenas⁹⁶¹) enquanto postura garantista, ou seja, de preservação, de ampliação e máxima eficácia dos direitos fundamentais, orientada pelos critérios de legalidade e constitucionalidade (SALIM; SILVA, 2016, p. 106-107) e por uma hermenêutica dotada de valor argumentativo e racional.

Em uma perspectiva de Democracia, conforme Zagrebelsky, é preciso tirar o povo de uma postura de pacificidade e de mera reatividade, fazendo dele, o povo, uma força ativa, que tome a iniciativa de projetos políticos elaborados por ele. A Democracia crítica “quer um povo que seja sujeito da política, não objeto ou instrumento”. É preciso, nessa perspectiva zagrebelskyana de Democracia, que se resgate a autoridade do povo, considerando que a autoridade “não depende de supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e infalibilidade” (qualidades que, observa-se, os Poderes Constituídos também não são dotados, visto que são falíveis). A Democracia, em Zagrebelsky, enxerga na consciência que o povo e todas as pessoas “são necessariamente limitados e falíveis” uma grande “virtude”, pois abandona-se a visão adúladora de divinização do povo (eternizada na máxima *vox populi, vox dei*)⁹⁶², vista como uma insensatez e verdadeira forma de idolatria política (ZAGREBELSKY, 2011, p. 131-135).

Pinto Coelho sublinha que a “chave conceitual-discursiva” dos direitos fundamentais pode assumir diversos sentidos e, por isso, gera “uma condição de

⁹⁶¹ A legitimação da atuação das Cortes não se dá apenas pelo resultado da decisão (a legitimação de output ou legitimação à posteriori), mas também *a priori* – por ser um Poder Constituído pelo mesmo poder democrático (Poder Constituinte Originário) que funda o Estado e estabelece sua Constituição. Aqui, sem qualquer intenção de parecer consequencialista, em razão das reflexões sobre a inclusão de minorias há um direcionamento das análises para a positivação do direito à união (direito de formação familiar) para casais de pessoas do mesmo sexo – direito que foi positivado no exercício de atuação, ou seja, com o produto da Corte (com aferição *a posteriori*).

⁹⁶² A divinização do povo é vista por Zagrebelsky como uma forma de “grosseira teologia democrática” que apenas busca condizer “com as concepções triunfais e acríticas do poder do povo”, visto que em nada contribuem para uma Democracia real e titularizada pelo povo sendo que não passam de “apenas adulações interesseiras” (2011, p. 135).

construção permanente de seus significados” e igualmente “dificuldades para a efetivação democrática desses direitos”. No que tange às dificuldades, alerta o autor, estas são inerentes às democracias nas complexas sociedades contemporâneas, destacando sua “abertura para disputas ideológicas ou culturais nem sempre claras para os sujeitos envolvidos”. Muitas vezes, essas disputas estão “encobertas pelas estruturas discursivas institucionais, pelo recorte imediato dos problemas enfrentados” ou mesmo “pela própria linguagem dos direitos fundamentais, que aos poucos vai ganhando uma dimensão técnica”. A resposta para o desafio de delimitação de significado discursivo cotidiano dos direitos humano-fundamentais se apresenta como medida solucionadora do desafio de estruturação de critérios de correção na aplicação de normas principiológicas que conferem instrumentalidade jurídica aos mesmos (PINTO COELHO, 2012, p. 293).

Destaca-se que Pinto Coelho observa que a formação de sujeitos comprometidos com a visão democrática dos direitos humanos envolve (ou representa) a construção de quadros de agentes públicos e cidadãos preparados para que as práticas de efetivação desses direitos sejam institucionalizadas, de modo a terem “em seus horizontes de pré-compreensão” uma visão amadurecida dos direitos humanos “como núcleo estruturado do convívio social” (PINTO COELHO, 2012, p. 294)⁹⁶³. No tocante à formação desse quadro, a atuação da Suprema Corte (e das Cortes Constitucionais) parece indicar que já se vislumbra essa compreensão dos direitos humanos como núcleos estruturadores⁹⁶⁴. Os membros das Cortes têm apresentado uma maturidade jurídica e social a qual, no processo decisório, institucionaliza os direitos humano-fundamentais e, com isso, contribui para a formação pedagógica da sociedade onde estão inseridos⁹⁶⁵.

⁹⁶³ A política enquanto prática humana está relacionada com conceito de poder e com o seu uso para imposição de vontade e obtenção de vantagens. Entretanto, ao se instituir um Estado de Direito e em um regime político democrático, a partir das lições de Bobbio (2001), se está buscando a ordem jurídico-política “como condição necessária para a pacificação das relações sociais e para um significativo progresso civilizatório”. Logo, nas sociedades contemporâneas os indivíduos são dotados de direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, que possuem como condições essenciais “autonomia da vontade, alteridade e dignidade”. Estas condições estão vinculadas de forma indissociável ao reconhecimento da dignidade humana e ao desenvolvimento (das potencialidades físicas, psíquicas e morais) da pessoa humana (PRONI; PRONI, 2017, p. 170).

⁹⁶⁴ Vale destacar que essa afirmação se faz dentro de recortes temáticos. A análise prioriza, obviamente, a atuação das Cortes em matéria de direitos de minorias, destacadamente das populações LGBTQ+ e, ainda, no que tange aos direitos que orbitam as dinâmicas familiares homoafetivas. Em razão disso, esse *diagnóstico* positivo sobre a atuação das Cortes não deve, em absoluto, ser tomado como um discurso de aprovação ou chancela de todas as posturas assumidas pelas cortes, evidenciando-se, é preciso destacar, que o STF e cortes similares em outros países têm atuado tantas vezes com abusos (sob o argumento do ativismo judicial e da tutela de direitos fundamentais) inclusive em prejuízo de pautas de minorias.

⁹⁶⁵ Essa função pedagógica das decisões judiciais está relacionada com a Parte II da presente tese e é aprofundada nos capítulos X e XII especialmente.

Conforme Lucas Nogueira Israel (2014), a despeito das críticas as quais podem ser feitas ao controle judicial de constitucionalidade, é importante pontuar que esse procedimento de tomada de decisão “é indiferente em um sistema político”, dado o potencial de tal mecanismo para identificar violações de direitos constitucionais que possam passar despercebidos da observância do poder público, além de possuírem “capacidades institucionais diversas das capacidades dos demais poderes” ou serem espaços estratégicos para “grupos minoritários que não conseguem se defender no processo político majoritário, notadamente quando o poder político esteja descentralizado” (ISRAEL, 2014, p. 69).

Todavia, reforça-se que a natureza contramajoritária, sempre ressaltada como aspecto de legitimidade da atuação das Cortes e Tribunais constitucionais, não é intrínseca, sendo identificável a atuação dessas mesmas Cortes e Tribunais de forma majoritária quando o poder político se encontra altamente centralizado. Israel propõe uma desmistificação da visão romântica que se construiu a respeito de uma atuação sempre contramajoritária no procedimento de controle judicial de constitucionalidade. O referido procedimento (e suas técnicas de decisão) deve estar legitimado não com base em um resultado substantivo (de eventual proteção de minorias), mas como procedimento de tomada de decisões político-jurídicas (ISRAEL, 2014, p. 69).

12.2. Debate social, autoconstrução de uma Democracia Constitucional e constitucionalismo democrático-popular

O horizonte democrático sinalizou ampliação de limites (expandindo para novas leituras), o que, conseqüentemente, implica (e implicou) também ampliação dos limites da própria Democracia – o que potencializa novas críticas, posto estar ampliando sua compreensão de si⁹⁶⁶.

Essa perspectiva da Democracia como um horizonte (que se afasta na medida que dele se busca aproximar) é compartilhada por Fernando de Brito Alves que,

⁹⁶⁶ É possível extrair de Castoriadis que a sociedade institui categorias como forma de institucionalizar as relações dentro da sociedade (social, técnico, econômico, jurídico, político, religioso, artístico etc.) o fazendo de acordo com a sequência de desenvolvimento dessa sociedade a partir de suas particularidades de sua realidade. A institucionalização, nesse sentido, é o processo de organização da “rede simbólica, socialmente sancionada, onde se combinam em proporções e relações variáveis um componente funcional e um componente imaginário” (CASTORIADIS, 1982, p. 175, 215-216). A interpretação do significado constitucional na construção das dinâmicas sociais assim se formula na relação entre o imaginário (por exemplo, a partir da noção de justo e a confiança na supremacia constitucional como um valor de estabilidade, unidade e coerência de um dado ordenamento jurídico-político) e instituição (poderes constituídos, procedimentos para tomada de decisão e mediação desses poderes na construção de consensos).

partindo de uma “concepção da democracia como processo (ao modo de Canotilho), essa *démocratize à-venir*, aponta a insuficiência dos metarrelatos modernos”, também sinalizando para “a impossibilidade material de concretização da maioria de suas promessas emancipatórias, tendo em vista que figuram como espécie de aporias políticas” especialmente aquelas promessas que dizem respeito à *participação popular e o partilhamento do poder político* (ALVES, 2013, p. 50).

A CRFB/88 consagra a titularidade do poder político ao povo já em seu artigo 1º, parágrafo único, promovendo um projeto misto de democracia representativa e participativa, tomados por muitos como democracia semidireta. A representatividade⁹⁶⁷, na condição de forma exclusiva de exercício do poder é abandonada para uma orientação de democracia exercida pela comunidade política brasileira, fortalecendo mecanismos como “o sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e a iniciativa popular (artigo 14, CF/1988)”, que propiciariam efetivas participações cidadãs nas “decisões políticas a serem tomadas para a condução dos rumos do país” (SOUZA, 2010, p. 02). Todavia, é preciso pensar de forma ainda mais ampla sobre a lógica de participação horizontalizada da sociedade na construção da Democracia. Há uma resistência⁹⁶⁸ visível ao constitucionalismo popular pelos teóricos brasileiros, enquanto em outros locais se busca instrumentalizar cada vez mais essa participação⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ O sistema representativo oriundo do contexto iluminista e delineado nas revoluções burguesas (americana e francesa) foi apresentado e desenvolvido para, supostamente, resolver impasses em grandes nações. Essa construção teórica foi estabelecendo barreiras teóricas e institucionais para que se impedisse a participação direta dos cidadãos em grande território sob o argumento que seria impossível reencenar a experiência grega de democracia direta, vista por muitos como uma realidade ideal. De fato, como apresentado por Bobbio (1986) o exercício da participação direta, ou acreditar em uma sociedade onde todos decidam tudo sobre tudo no contexto de sociedades complexas é materialmente impossível. Entretanto, essa lógica se estabeleceu a tal ponto que quase parece que não existe participação democrática que não seja via representação – esses pressupostos devem ser questionados (TEXEIRA, 2016, p. 23).

⁹⁶⁸ Essa resistência não é exclusiva do Brasil e se estabelece no imaginário cultural do Ocidente. É identificável a construção de uma narrativa da incapacidade da população de tomar decisões na máxima, atribuída à Jean-Jacques Rousseau “O povo, por ele próprio, quer sempre o bem, mas, por ele próprio, nem sempre o conhece”. Autores como Jacques Rancière teorizam uma valorização da Democracia com uma perspectiva crítica, como se encontra em sua obra *O ódio à Democracia* (2014), em que identifica que o “sistema” que se consolidou no ocidente seria um republicanismo (que corresponderia a uma espécie de regime político hierarquizado em competências ou mesmo uma forma de se institucionalizar o poder, reintroduzindo-o em novos formatos, impessoal, anônimo e sistemático, como uma oposição à monarquia e ao tradicionalismo do clero e da nobreza) e não uma democracia.

⁹⁶⁹ Por exemplo, essa proposta teórico-constitucional de intensificação da participação popular pode ser identificada na Colômbia com a “Ação Pública de Inconstitucionalidade”, apontada como uma linha moderada do constitucionalismo popular naquele país por conciliar constitucionalismo popular e democrático com a mediação da Corte Constitucional, com a democratização horizontalizada da participação na legitimação ativa pela propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, como um instrumento de interpretação constitucional e de tutela/garantia de direitos (KOCK; COURA, 2018, p. 218-219). No Brasil, os instrumentos da democracia participativa podem ser melhor conhecidos com a leitura de Fernando de Brito Alves em “Constituição e participação popular: a

Rancière (2014) faz uma análise de como a Democracia tem sido valorada nas sociedades contemporâneas e percebe que o governo democrático recebe uma avaliação negativa quando se permite influenciar por uma “sociedade democrática” ao ponto de tentar fazer com que todos os cidadãos sejam tratados com igualdade e que as diferenças entre esses cidadãos sejam respeitadas. Por outro lado, uma democracia recebe uma avaliação positiva quando reúne a sociedade para lutar em defesa de valores civilizatórios e liberdades. Para o autor, há um “novo ódio à democracia”, o qual “pode ser resumido então em uma tese simples: só existe uma democracia boa, a que se reprime a catástrofe da civilização democrática” (RANCIÈRE, 2014, p. 10-11).

Esse ódio à democracia, como levantado por Rancière, não se mostra uma novidade da modernidade ou da questão brasileira, em específico, mas é possível identificar a presença de uma aversão à democracia desde seu “nascimento” (RANCIÈRE, 2014, p. 08), sendo possível afirmar que a democracia ateniense foi tomada como subversiva pelas elites, uma vez que possibilitava que qualquer cidadão (ainda que não se possa esquecer que a concepção de cidadão era excludente e desfavorecia a maior parte da sociedade) colocando a autoridade da decisão política no povo e não em uma pessoa governante que tivesse recebido esse poder por graça e escolha divina⁹⁷⁰.

O problema que a Democracia enfrenta é ser uma oposição entre uma democracia considerada boa (que tutela direitos humano-fundamentais e liberdades individuais) e uma considerada ruim (voltada para os valores igualitários e coletivistas). Isto é, o desafio está em relacionar igualdade e liberdade em uma sociedade individualista e capitalista. Rancière destaca que nessa sociedade vige “a única lei da individualidade do consumidor” (2014, p. 35), ou apenas importa a “figura do consumidor democrático embriagado de igualdade” (2014, p. 41), o que faz com que a vida democrática se torne “a vida apolítica do consumidor” (2014, p. 43).

Há uma crítica muito presente em Rancière quanto à simplificação e redução da Democracia às instancias e manifestações representativas ao afirmar que “a representação é, em sua origem, o exato oposto da democracia” ou que “a eleição não é em si uma forma democrática pela qual o povo faz ouvir sua voz” (2014, p. 70). A

construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental” (2013).

⁹⁷⁰ Uma perspectiva similar se reforça e reitera nas revoluções burguesas do século XVIII, ainda que de formato exclusivista, também vista como subversiva e criticada por ampliar uma participação política fora de um direito de nascimento (nobreza) ou oriundo da divindade (clero) – abandonando-se assim uma perspectiva de como direito divino e filiação para participação política no governo.

teoria do autor é necessária para o momento presente, pois busca ampliar a esfera pública (não como uma forma de estabelecer uma maior intervenção do Estado na vida privada, mas como meio de se ampliar o reconhecimento da igualdade entre os sujeitos políticos que passam a ser incluídos na esfera pública)⁹⁷¹, buscando-se fugir de um arremedo de sistema democrático, pois, para Rancière, “o que chamamos democracia é um funcionamento estatal e governamental que é o [seu] exato contrário” (2014, p. 93).

É possível identificar que a consolidação do poder oligárquico nas esferas públicas resulta (e é resultado) de um processo de separação entre elas, por parte das elites e governos, em um momento de estreitar a esfera pública (para que seja mais fácil a tornar pouco ou totalmente inacessível) e impelir os atores não estatais, a despeito de eles continuarem sendo atores/sujeitos políticos, para a esfera privada. Esse movimento redundava em exclusão política e privação da cidadania (que paradoxalmente é uma esfera pública).

Nesse sentido, “a exigência por direitos tende a ocorrer por intermédio de identidades de grupo construídos com a intenção de reconhecer suas demandas e inseri-las na dimensão pública”. Esse embate contra as forças oligárquicas (no Estado e na sociedade) objetiva a garantia do (i) reconhecimento universal da cidadania; (ii) a modificação da representação como lógica de consentimento social para com os interesses dominantes – o que implica pensar novas arenas e espaços de discussão; (iii) assegurar que o caráter público de espaços, instituições e relações sejam compartilhados

⁹⁷¹ Nas palavras do autor: “O movimento democrático é, assim, um duplo movimento de transgressão de limites: um movimento para estender a igualdade do homem público a outros domínios da vida comum e, em particular, a todos que governam pela ilimitação capitalista da riqueza, um movimento também para reafirmar o pertencimento dessa esfera pública incessantemente privatizada a todos e a qualquer um” (RANCIÈRE, 2014, p. 75). É possível identificar e extrair dessa reflexão em específico que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uma conquista da Democracia está nesse processo de ampliação da esfera pública (para que pudesse incorporar as necessidades e pautas das populações LGBTQ+) não apenas na jurisdição constitucional (que foi sua fase final em uma rodada interpretativa), mas como resultado que catalisou conquistas e movimentações estratégicas e sociais tanto nas instâncias institucionalizadas como na sociedade civil, ou seja, em ampla ocupação de espaços políticos e públicos que estavam privatizados para (e por) interesses conservadores que não refletem uma visão plural e democrática. Como destacado por Walter Claudius Rothenburg a relação entre Direito/Estado e a dimensão da esfera privada devem apresentar limites claros para que, por exemplo, as posturas religiosas “desde que elas não impliquem uma opressão insuportável no contexto da democracia”. Garantindo-se, por exemplo, que segmentos religiosos não sejam obrigados a celebrar ou abençoar enlances matrimoniais que vão de encontro à suas profissões de fé, como está previsto na Lei sobre o Casamento Civil do Canadá, de 2005, que estabelece o direito ao casamento no plano civil como um ato legítimo de suas pessoas, mas ressalva que as autoridades religiosas não estão obrigadas a realizar casamento religiosos conforme suas crenças. Essa reflexão, todavia, não deve ser interpretada de forma equivocada, pois não pode o Estado permitir que as políticas públicas sejam orientadas por premissas religiosas (ROTHENBURG, 2017, p. 163-164).

e não mais se limitem a ser domínio exclusivo de grupos e indivíduos abastados (GAVIÃO, 2015, p. 500)⁹⁷².

É possível estabelecer, a partir da teoria democrática de Rancière, que a Democracia não é uma forma de Estado, mas fundamento de natureza igualitária que antagoniza a monopolização estatal da esfera pública e gera despolitização da população. Na perspectiva de Rancière, as limitações impostas ao Estado são o reconhecimento mínimo da soberania popular e das liberdades individuais, ambas conquistas obtidas e perpetuadas por lutas democráticas e participação cidadã forçando entrada na esfera pública. Assim, com Rancière, “[a] democracia não é um tipo de constituição nem uma forma de sociedade. O poder do povo não é o da população reunida, de sua maioria ou das classes laboriosas”, para o autor, “[é] simplesmente o poder próprio daqueles que não tem mais título para governar do que para ser governado” (2014, p. 63).

Posição similar é encontrada na teoria democrática de Castoriadis para quem a democracia representativa é uma forma de oligarquia liberal. Para ele, um aspecto relevante da Democracia é a autonomia individual. Esta é a capacidade do indivíduo de participar na (e da) formação e aplicação de regras sociais que estabelecem padrões de conduta, tendo como condição a possibilidade de questionar tradições, afastando-se de sociedades fundadas em verdades sagradas ou sistematizações teóricas fechadas. Sua proposta é de reaproximação da dogmática jurídica com a fundamentação política do Direito (MAIA, 2008, p. 167).

É possível extrair das reflexões de Cass Sunstein que as disposições sobre direitos fundamentais têm como função tanto a defesa de certas áreas (ou um núcleo essencial) em face do controle (e poder) majoritário, mas também se fundamenta (de forma arraigada) na proteção Democracia (como é o caso do direito de liberdade de expressão e direito ao voto), sem que isso (o controle das majorias) seja interpretado ou

⁹⁷² Conforme Hans-Georg Gadamer, aprender a virtude hermenêutica, ou seja, reconhecer que se trata de, em primeiro lugar, compreender o outro para que seja possível ver-se a si mesmo, é o único meio de alcançar a solidariedade humana. Caso isso não aconteça, defende o autor, tarefas essenciais da humanidade não serão realizáveis, “nem no que tem de menor nem no que tem de maior” (GADAMER, 2000, p. 25). A função pedagógica da hermenêutica argumentativa das Cortes no reconhecimento dos direitos das minorias favorece uma “humanização” da sociedade para compreender a legitimidade da existência do outro. Essa função pedagógica instrumentaliza e orienta o reconhecimento da existência de interpretação da Constituição fora das Cortes (e dos Parlamentos) recusando-lhes a titularidade da palavra final, busca o pleno exercício da cidadania crítica. O constitucionalismo popular (de viés procedimental ou mesmo do viés do constitucionalismo político) enxerga nas Cortes constitucionais uma postura essencialmente conservadora e a supremacia judicial parece negar sua própria premissa onde o controle de constitucionalidade foi uma opção da vontade popular originária via Constituição (KLOCK; COURA, 2018, p. 219).

obscreça a natureza democrática de um dado sistema jurídico-político (SUNSTEIN, 1999, p. 345).

A construção constitucional observa acordos que, por não terem sido completamente fundamentados no “ato inicial”, implicam desacordos sobre temas que demandam aceitações abstratas, como é o caso de posicionamentos conflitantes sobre questões pontuais. Esse processo envolve estabelecer consensos abstratos, o que é extremamente complexo. Nesse sentido, Cass Sunstein busca defender que “mesmo quando não conseguem entrar em acordo quanto a teorias constitucionais, as pessoas podem frequentemente concordar a respeito de práticas constitucionais, e até sobre direitos”, por exemplo, ainda que possa haver discordâncias sobre homossexualidade e liberdade sexual, é possível encontrar-se um razoável consenso sobre a proibição de discriminação (SUNSTEIN, 2007, p. 79-80)⁹⁷³.

Rancière aponta que “[n]ão vivemos em democracias”, mas sim “em Estados de Direito oligárquicos, isto é, em Estados em que o poder da oligarquia é limitado pelo duplo reconhecimento da soberania popular e liberdades individuais” (2014, p. 94), que, poder-se-ia acrescentar, continuam sendo limitados pelo poder dessa(s) oligarquia(s) que ocupa(m) as instituições políticas tradicionais⁹⁷⁴. Nas democracias atuais, uma minoria⁹⁷⁵ mais forte assume o poder por meio de procedimentos legítimos e “recebem”

⁹⁷³ Outras vezes, mostra-se necessário pensar em um aspecto político, pois “as pessoas podem concordar sobre juízos individuais mesmo quando estão em desacordo quanto a questões teóricas mais gerais”, sendo possível exemplificar o caso *Roe v. Wade* (de 1973) que garante, no sistema constitucional estadunidense que as mulheres tenham o direito de escolher praticar um aborto. Esse precedente, para muitos indivíduos não deve ser anulado [*overruled*], mesmo que a concordância sobre esse “resultado” provenha de diferentes razões fundamentadoras: (i) existem pessoas que acreditam que “a Suprema Corte deve respeitar seus próprios precedentes”; (ii) existem aquelas para quem “o caso foi corretamente decidido, como uma forma de proteção da igualdade para as mulheres”; (iii) existem pessoas para quem a decisão “é reflexo de uma avaliação adequada sobre o papel social da religião”; (iv) existem pessoas, “ainda, que restrições à prática do aborto não são capazes de proteger eficazmente os fetos e que, portanto, a decisão é boa por razões pragmáticas”. Sunstein, portanto, aponta que é possível “encontrar acordos políticos não completamente fundamentados sobre resultados particulares em muitas áreas do Direito e da Política”, como é o caso da discriminação racial, sistema penal, separação dos poderes etc.. (SUNSTEIN, 2007, p. 82).

⁹⁷⁴ A Democracia “pode ser entendida como um projeto moral de autogoverno coletivo fundado na soberania popular”, o que na perspectiva de Binbenjy (2014) significa a Democracia como uma projeção política da autonomia (pública e privada) dos cidadãos, de modo que essa autonomia esteja alicerçada sobre um conjunto de direitos fundamentais básicos. O Direito se encontra “estruturado a partir da linguagem dos direitos humanos e dos direitos fundamentais” que se projetam com protagonismo discursivo constante do “ordenamento jurídico pós-positivista”. Democracia e Direito constroem a ideia de Estado Democrático de Direito como seus pilares (como fundamentos discursivos de legitimidade e elementos estruturantes). Como resultado dessa configuração a dignidade humana se estabelece na “condição de princípio jurídico e estrutural” do ordenamento jurídico e no discurso de legitimação do Estado (PINTO COELHO; ASSIS, 2017, p. 543-544).

⁹⁷⁵ Aqui o termo minoria deve ser encarado unicamente como aspecto numérico, já que se trata evidentemente de um pequeno grupo dotado de privilégios e que não se encontra marginalizado ou excluído dos processos democráticos, mas é agente de exclusão e marginalização.

autorização de governar a maioria, o que não garante igualdade de participação. A soberania popular é um princípio que legitima o processo democrático, mas não passa (na prática) de uma ficção, já que essa soberania acaba sendo exercida por representação⁹⁷⁶ (IMPERATORI, 2015, p. 227-228).

Ainda que soe repetitivo, jamais é exaustivo reafirmar que, “em princípio já não são toleradas distinções jurídicas em função da identidade sexual”, sendo preciso lembrar que há “momentos e lugares, dimensionados pela intensidade” os quais se colocam fora dos limites do Direito (que não alcança o preconceito), “sob o risco de invadir a esfera privada e atingir a liberdade mais íntima – aquela que contempla inclusive os cretinos”. A discussão democrática da função política do Direito não pode prescindir que existe o campo de reserva pessoal, onde existe o direito de adoção de padrões próprios – o que tolera até o padrão de ser preconceituoso –, “desde que a idiossincrasia [se] mantenha nos estritos limites da liberdade e da privacidade”. O Direito tem o dever de “reprimir manifestações discriminatórias no ambiente público, mas não pode obrigar (embora possa estimular) que se simpatize com a homoafetividade” (ROTHENBURG, 2017, p. 161).

Fernandes e Baruffi apontam que há um equívoco sobre como a Democracia tem sido trabalhada (em suas construções teórico-filosóficas) e vivida (em seus aspectos prático-funcionais), como se percebe ao identificar que Democracia é imediatamente associada “a uma forma de governo pelo povo, em que a decisão da maioria prevalece”. Os autores resgatam a perspectiva *zagrebelskyana* de Democracia crítica, em que é

⁹⁷⁶ A crítica assim se estabelece por identificar o paradoxo da democracia representativa, visto que os governantes/representantes são legitimados pelo princípio democrático da soberania popular, mas uma vez dotados do “status” de representantes/governantes negam que esse poder soberano popular possa ser exercido pelos titulares reais desse poder destacando que o processo de escolha os elegeu a “especiais” com melhores condições de tomarem as decisões ou fazerem as escolhas “mais certas” para a comunidade política a respeito de problemas sociais. Disso é possível pontuar que a Democracia não pode se manter como sacralizou-se até os tempos presentes, visto que ela não é (ou não deveria ser) “nem a forma de governo que permite à oligarquia reinar em nome do povo, nem a forma de sociedade regulada pelo poder da mercadoria”, sendo necessário acompanhar Rancière na proposta que a Democracia deve ser “a ação que arranca continuamente dos governos oligárquicos o monopólio da vida pública e da riqueza a onipotência sobre a vida”, e com isso a Democracia “é a potência que, hoje mais do que nunca, deve lutar contra a confusão desses poderes em uma única e mesma lei de dominação” (2014, p. 121). Pinto Coelho e Assis destacam que a “diferenciação entre a dimensão discursivo-conceitual e a experiência real-efetivada do Estado Democrático de Direito” de maneira muito especial no Brasil “representa um importante mote do pensamento voltado à crítica de nossa experiências jurídicas atuais”. Os autores correlacionam as contribuições de Robert Dahl, com as de Bonat e Peixoto (2016) dispondo sobre a diferença entre a democracia (real) e a poliarquia (real, efetivável), considerando nessas reflexões que o desenvolvimento democrático ainda se encontra prejudicado por questões como as que envolvem o tensionamento entre os princípios democráticos e a economia de mercado, a educação cívica frágil que impede o estabelecimento de oportunidades onde alternativas políticas sejam disputadas e construídas, entre outros (PINTO COELHO; ASSIS, 2017, p. 546).

possível reconhecer que “muitas vezes a maioria não sabe o que é o melhor para todos”, bem como a obrigação da Democracia em “atender e respeitar todos, incluído nesse todo, também as minorias” (FERNANDES; BARUFFI, 2015, p. 84-85).

Ainda que Fernandes e Baruffi reconheçam a pertinência da definição *lincolniana* de Democracia como sendo “uma forma de governo em que o poder emana diretamente do povo e em favor do próprio povo”, com isso, estabelecendo “um ideal a ser buscado”, os autores observam que a *voz das maiorias* ou *prevalência da vontade da maioria*, aspecto tomado como um ponto central em uma Democracia, pode converter-se em injustiça e exclusão.

Desse modo, a Democracia deve ser (re)pensada em sua essência e totalidade, e não apenas em uma ideia “numérica de soberania popular, posto que as decisões tomadas devem necessariamente melhor servir ao cidadão, inclusive considerando os interesses de grupos minoritários. Essa perspectiva de uma cidadania crítica como forma de (re)pensar a Democracia, demandam como democrática a postura de proteger a Democracia de si própria (nesse sentido defendendo a Democracia real de uma visão limitada de Democracia entendida como “maioria”⁹⁷⁷). Ou seja, a perspectiva *zagrebelskyana* (desenvolvida na obra “A Crucificação e a Democracia”) ensina que, se a maioria se permite caminhar para o totalitarismo, ou seja, se suas decisões irão desrespeitar sob qualquer ponto minorias e grupos vulneráveis, mecanismos democráticos devem ser postos em prática para defender a Democracia⁹⁷⁸ (FERNANDES; BARUFFI, 2015, p. 87-88).

Afastando a concepção da Democracia como somente a vontade majoritária, é possível compreender que não se trata de afastar (ou combater) o povo, mas sim o excesso de expectativas que acabam sendo colocadas sobre ele ou regimes que usam

⁹⁷⁷ Essa postura de Zagrebelsky foi formulada com base em uma nova posição das Constituições promulgadas no século XX, destacadamente no pós-guerra. Esse movimento foi fruto de uma onda teórico-filosófica e jurídica que busca(va) encontrar uma fórmula conciliadora entre o reconhecimento dos direitos humanos, notadamente em face das tragédias das democracias no período entre guerras, e a soberania geral dos regimes. A visão de Zagrebelsky e esse novo movimento jurídico-constitucional considerou as dificuldades dos países europeus de derrubada e retomada de regimes democráticos, o nazismo e seus horrores, apontando que a confiança nas decisões majoritárias deveria considerar elementos de fraqueza, frouxidão e flerte com modelos totalitários, defendendo assim a Democracia das maiorias. Essa visão *zagrebelskyana* vê a Democracia mais do que um sistema de governo que se baseia no princípio majoritário (ou vontade das maiorias) para enxergar a Democracia como uma espécie de filosofia, modo de viver, uma religião e, como acessório, uma forma de governo onde a vontade majoritária existe, mas não é absoluta, uma vez que o pluralismo efetivo é reconhecido como um dos valores fundamentais de uma Democracia (ZAGREBELSKY, 2011, p. 10).

⁹⁷⁸ Fernandes e Baruffi salientam que “[o] que importa além da glorificação da eficiência de um regime no qual as escolhas feitas são pautadas na decisão de uma massa desesperada, ansiosa, agitada e despreparada, são os resultados produzidos por esse sistema, que não podem, de forma alguma, desrespeitar o ser humano” (2015, p. 88).

dessa retórica para projetos antidemocráticos⁹⁷⁹. Nesse sentido, observa-se que a Democracia é “um modo de viver, uma forma filosófica de pensar a sociedade” e “uma forma de governo”, destacando a necessidade de sua legitimidade estar no atendimento de reais anseios e necessidades sociais salvaguardando sempre garantias e direitos fundamentais (FERNANDES; BARUFFI, 2015, p. 88).

É interessante acrescentar que a teoria democrática, na visão de Fernandes e Baruffi, tem estado limitada apenas a “determinadas regras de jogo”, como o processo eleitoral, onde se vangloria uma “conquista democrática do país” ao fim das eleições, festejando “que a vontade popular prevaleceu” e que “o povo escolheu e elegeu os seus representantes” o que faria, por presunção, prova de que “o Brasil é um país democrático de direito”. Entretanto, com base em Zagrebelsky (2011), os autores observam que “a essência da [D]emocracia foi deixada de lado” e historicamente limitada ao princípio majoritário⁹⁸⁰, e “na atual fase democrática do Brasil” se percebe que “a soberania popular não tem sido a forma eficaz de fazer da Democracia, [entendida como] o melhor para o seu povo” (FERNANDES; BARUFFI, 2015, p. 94-95).

Ainda que se entenda o cenário de polarização e a possibilidade de divergência e dissenso em uma Democracia, é preciso concordar com Zagrebelsky que se dilatou na atualidade uma “concepção do direito à divergência” que muitos considera(ria)m ser legítimo exercer tal direito até mesmo para sacrificar os valores democráticos (já que a divergência é um direito em um espaço democrático). Os defensores dessa ideia dão suporte até as últimas consequências, desde que observado o devido processo legal, legitimando potencial e realmente diversos abusos antidemocráticos⁹⁸¹. Permitir uma “forma democrática” com perda da sua essência pode querer justificar um “destino trágico do Estado de Direito, que, por mor estrita coerência com os seus princípios”

⁹⁷⁹ Fernandes e Baruffi destacam, nesse sentido, a lembrança “de fatos desastrosos que marcaram a História da Humanidade, permitidos, aliás, pela própria soberania popular” e, em razão disso, “é que estão sendo repensados aqueles modelos de governo nos quais a posição jurídica dos consortes populares estavam no lugar dos direitos fundamentais. Ou seja, repensar aqueles regimes em que não havia salvaguarda de garantias e de direitos individuais” (FERNANDES; BARUFFI, 2015, p. 88).

⁹⁸⁰ Fernandes e Baruffi afirmam que “em uma democracia constitucional, não há soberania popular” (2015, p. 95), posicionamento não compartilhado na presente tese. É possível identificar a democracia constitucional exatamente como ambiente que permite um maior (e legítimo) exercício da soberania popular.

⁹⁸¹ Zagrebelsky aqui critica a postura do jurista que ao defender o direito à divergência sustentará como se democráticos fossem aqueles abusos “como se viu em passado recente, quando fascistas e nazistas, ascendendo ao poder pelos caminhos que as instituições democráticas lhes franquearam, prontamente se puseram a desacreditar essas coisas pequeno-burguesas e atentar contra os direitos individuais e as liberdades públicas” (2011, p. 09).

deveria ser “obrigado a admitir a autodestruição, se essa for a vontade do povo”. Contra essa vontade, conforme a lógica procedimentalista e formal da democracia e de uma ou outra visão de constitucionalismo político, “não se pode impor que viva em liberdade se livremente ele se decidir perdê-la” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 09)⁹⁸².

O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito deve ser tomado sempre como um projeto aberto, como se identifica no entrelaçamento *habermasiano* (com a expressão do patriotismo constitucional), pois a legitimidade e a definição dos sujeitos constitucionais do processo constituinte estão permanentemente em aberto. Não se pode admitir que o ato fundador definiu e resolveu (procedimentalmente) todos os problemas democráticos de uma sociedade, mas ocorre, como defende Cattoni de Oliveira (2007) como “um processo constituinte progressivo que tem continuidade e é capaz de corrigir a si próprio” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 245)⁹⁸³.

A identidade do sujeito constitucional (que é ao mesmo tempo coautor e destinatário das normas constitucionais) é buscada continuamente, aproveitando-se das possibilidades de reconstrução sempre conflitantes, posto ser “uma tarefa complexa que recobre o passado, o presente e o futuro”. Nesse sentido, durante esse processo, é preciso “enxergar a linguagem constitucional não como de fato a linguagem significa,

⁹⁸² O Estado Democrático de Direito sob a égide da CRFB/88 não poderia admitir algo dessa natureza. A dignidade da pessoa humana é hoje elemento tão relevante que é possível extrair das lições de Ingo Sarlet (teórico que promove uma importante tentativa de racionalização e apreensão de sentido do conceito da dignidade da pessoa humana) que a define como uma “a qualidade intrínseca e distintiva de cada humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. A partir disso, o autor destaca a dignidade como valor que catalisa e atrai “um complexo de direitos e deveres fundamentais ao sujeito: (1) que lhe protejam contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano; (2) que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável; e, (3) que lhe propiciem e promovam a participação ativa e corresponsável nos destinos da sua própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SOUZA, 2018, p. 141-142).

⁹⁸³ Se não for possível compreender a possibilidade de autoaprendizado e autocorreção do sistema jurídico-político-constitucional a Democracia será apenas uma ideia formal e teórica, um desastre em termos democráticos. Aqui, adota-se a ideia de “desastre institucional” como identificado por Paulo Bonavides quando o autor traça um diagnóstico da realidade brasileira afirmando que “tais desastres acontecem sempre, mediante o rompimento da coesão, do equilíbrio e da unidade dos sistemas, dissolvidos na fragilidade das bases de anuência e contratualismo. Isso quando o bom senso já não tem linguagem nem força nem capacidade para opor-se, vitorioso, à degeneração e à falência que os mergulhou na corrupção; quando aqueles dois poderes, a saber, o Executivo e o Legislativo, se eximiram de exercitar sobre a cidadania a jurisdição da legitimidade; quando o Legislativo, convertido numa assembléia de capitulações e de deserções aos deveres da *legislatio*, é apenas a sombra funesta de um parlamento que abdicou competências de órgão de soberania e se rendeu à prepotência e soberba de um poder rival; quando o Executivo, nas suas expansões de arbítrio, invade prerrogativas dos poderes constitucionais de ação paralela no exercício da soberania, quando os dois poderes mais ativos dessa mesma soberania – um que faz leis, outro que as executa –, desfalcados da ética dos governantes e da fé dos governados, se retraem da senda democrática por resvalarem no abismo da tirania e na fatalidade das ditaduras; quando aquele Executivo, enfim, faz das Medidas Provisórias o salvo-conduto de todas as usurpações e violações ao princípio da separação de poderes, e o poder governante despedaçando a Lei Maior se transfigura em fantasma da Constituição e opróbrio da democracia e do Estado de Direito” (BONAVIDES, 2008, p. 197).

mas no que elas podem significar”, sob pena de ser o Direito (e a própria Constituição) violências “sem fundamento, isto é, aquilo que é instituído no intervalo entre o legítimo e o ilegítimo” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 245-246).

Bahia e Silva extraem das reflexões de Habermas (1998) que é inafastável, entretanto, para que se possa conceber os cidadãos como reais participantes e destinatários do processo democrático proposto na CRFB/88 se não forem garantidos a eles os mesmos direitos fundamentais: (i) “que resultam do desenvolvimento e configuração política autônoma do direito ao maior grau possível das liberdades subjetivas de ação”; (ii) “que resultam do desenvolvimento politicamente autônomo do *status* de membro da associação voluntária que é a comunidade jurídica”; (iii) “que resultam da acionabilidade dos direitos, direitos que decorrem da proteção dos direitos individuais”; (iv) “de participar com igualdade de oportunidades nos processos de formação da opinião e da vontade comum, que o [sic] cidadãos exerçam sua autonomia pública”; e (v) “que garantem as condições social, técnica e ecológica de vida que permita o desfrute dos direitos anteriormente referidos” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 251).

Como destacado na Parte I, da presente tese, a Democracia liberal é um espaço de tensão que tenta assimilar os conflitos agonistas entre minorias e majorias, mas demanda mudanças teóricas e institucionais para se converter em uma democracia madura. A realidade e história recentes do Brasil apontam para o fato de que ainda não se alcançou essa Democracia madura, sendo preferível falar em Democracia imperfeita ou, o que parece mais adequado, que se vivencia uma *democracia em construção*⁹⁸⁴. Alves e Brega Filho afirmam que a participação popular é legítima e possui um sentido de valor real para o processo de construção democrática se não estiver vazia da solidariedade como elemento constitutivo de sua motivação. Também pode representar que “relações orgânicas decorrentes de demandas concretas do povo são possíveis com o auxílio das novas tecnologias” (ALVES; OLIVEIRA, 2015, p. 169).

O caráter democrático do processo, em sede de debate constitucional, dá-se com a possibilidade de participação da sociedade (ainda que não seja exatamente ampla). É o

⁹⁸⁴ Mais do que apenas uma questão semântica ou de escolhas de palavras, pensar em democracia imperfeita parece soar uma consciência de irregularidade, mas com uma presunção de processo estanque e resoluto. Adotar a expressão democracia em construção parece assumir muito mais uma ideia positiva e propositiva, engajada e em contínuo processo de aperfeiçoamento.

caso, por exemplo, da audiência pública⁹⁸⁵, na medida em que ela, enquanto técnica, foi constitucionalizada com a CRFB/88 (Artigo 58, § 2º, II) como uma das atribuições das Comissões e das Casas do Congresso Nacional para discutirem com a sociedade civil matérias de sua alçada. Com uma maior positivação infraconstitucional as audiências públicas se configuraram como um “instrumento de mitigação do princípio agregativo, para a introdução de técnicas de democracia deliberativa e participação direta dos cidadãos inicialmente associada ao processo legislativo” (ALVES, 2013, p. 211-212).

Como destacado por Alves, a participação popular e da sociedade civil no processo decisório se manifesta como espécie de participação *funcional* (por consistir na atuação cidadã fora do aparato administrativo, mas como atividade materialmente pública, se desenvolve com o auxílio ou concordância da Administração Pública), *coletiva* (por envolver a atuação de uma pluralidade de indivíduos, reunidos por uma pauta específica que perde o objeto depois de esgotada⁹⁸⁶) e *direta* (por ocorrer sem a intermediação de representantes públicos eleitos). É, assim, fundamentada na soberania popular (conforme o Artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88) garantindo um exercício direto (pelo cidadão pessoalmente ou por entidades representativas) como espaço dialógico, fiscalizatório, colaborativo e de reivindicação de direitos (ALVES, 2013, p. 213).

Como destacado por Fernando de Brito Alves, a audiência pública judiciária se difere das demais modalidades apenas por não ter a pretensão de *publicizar* o tema

⁹⁸⁵ Fernando de Brito Alves observa que há pouco interesse da doutrina constitucional a esse respeito (2013, p. 212). No que pertence ao contexto central da presente tese as audiências públicas se toraram pilares adicionais de legitimidade democrática ao receber perspectiva judicial nos termos da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, na medida em que a lei tratou do processo e julgamento de ADI e ADC no STF para que pessoas com autoridade e experiência na matéria fossem ouvidas. Os regimentos internos dos Tribunais repetem essa disposição como se afere no Regimento Interno do STF nos termos do Art. 21, XVII (ALVES, 2013, p. 212-213). Nesse sentido, a audiência pública permite que a sociedade civil organizada apresente seus pontos e argumentos – trazendo da base uma perspectiva sobre a interpretação constitucional. Logo, essa publicização, ainda que não intencional, se mostra necessária e profícua. Entre os aspectos informados por Fernando de Brito Alves sobre a audiência pública como técnica, merecem destaque a (i) atividade de averiguação e comprovação de dados necessários à tomada de decisão; e a (ii) atribuição de maior publicidade e participação dos cidadãos (ALVES, 2013, p. 214) por serem importantes elementos de legitimação democrática da decisão constitucional.

⁹⁸⁶ Sendo portanto uma participação popular pontual, temática e qualificada. Em sociedades complexas, a Democracia demanda (e essa importância é especialmente destacada) a “adoção de canais de participação que, além dos mecanismos jurídicos, de caráter eleitoral ou representativo, incluam outras possibilidades, inclusive de cunho informal” (DOBROWOLSKI, 2007, p. 305). Fernando de Brito Alves e Guilherme Fonseca de Oliveira (2015), ao abordarem sobre a *desaparição da solidariedade*, apoiam-se na doutrina de Ulrich Beck que relaciona essa perda da solidariedade com uma “regressão antipolítica ao privado”, o que significa dizer “regresso à interioridade” (BECK, 2006). Destacam os autores que essa *regressão antipolítica ao privado é acompanhada pelas ameaças de uma depauperação projetada* (BECK, 2006), que acaba por ameaçar pelo *viés biopolítico as próprias condições de existência da humanidade* (2015, p. 169).

objeto do processo⁹⁸⁷, decorrendo dessa modalidade “de demandas mais complexas do próprio controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público”, e, também, segundo o entendimento de Alves, amparado em Häberle (1997), por conta que “[o]s processos de interpretação constitucional e evidente controle de constitucionalidade devem estar abertos a todas as forças e atores da comunidade política” (ALVES, 2013, p. 217-218).

A Democracia não pode ser pensada apartada de meios de manifestação da soberania popular de modo a haver permeabilidade de formas institucionalizadas e não institucionalizadas de participação. Há que se frisar que a utilização da jurisdição constitucional como um espaço alternativo de construção democrática é resultado dessa necessidade de participação democrática fora das formas institucionalizadas. Nesse sentido, a Democracia comporta a desobediência civil, protestos, manifestações populares, críticas sociais, entre outros, como sintomas naturais que dão visibilidade para a potência da dialética das lutas sociais.

Santín Sanchez discorre que o livre desenvolvimento da pessoa humana não se desassocia de seu pleno desenvolvimento pessoal e familiar⁹⁸⁸, o que implica reconhecer que o indivíduo deve ter o direito à escolha livre pela opção do casamento⁹⁸⁹. A dignidade do sujeito envolve o gozo de direitos sem que sua orientação afetivo-sexual ou sexualidade sejam obstáculos, dessa forma, o direito fundamental ao casamento não pode ser maculado por uma insegurança constitucional ou democrática. Negar o direito ao casamento ou sua revogação seria uma violação da dignidade humana, visto que uma

⁹⁸⁷ Ainda que não seja essa a pretensão da modalidade judiciária, é válido destacar que o controle de concentrado de constitucionalidade está cada vez mais sendo objeto de atenção da mídia e da sociedade civil. Com isso, as decisões constitucionais acabam ganhando enorme repercussão pública, destacadamente por envolver pontualmente desacordos morais.

⁹⁸⁸ Que envolve respeito ao seu projeto de vida, intimidade, autodeterminação, autonomia privada, bem como o livre exercício e desenvolvimento de sua sexualidade (e orientação afetivo-sexual). No sistema jurídico brasileiro, vários argumentos estão postos para uma forte blindagem de defesa em prol do direito fundamental de constituir família. Taís Caroline Pinto e Vladimir Brega Filho deixam claro que os direitos fundamentais, como direitos de defesa, apresentam eficácia plena ao vincularem-se com os “direitos de liberdade, igualdade e direitos políticos”. Nesse sentido, a concretização desses direitos estabelece uma omissão/abstenção estatal para que tais direitos estejam protegidos. Os autores, na esteira de Robert Alexy (1997), adotam uma perspectiva jurídico-subjetiva e separam esses direitos em três categorias: (i) “direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito”; (ii) direito de não ser afetado nas propriedades e situações como titular de um direito; e (iii) “direito a não eliminação de posições jurídicas”. Indêpende dessa forma a intervenção do legislador para seu exercício ou gozo (já que são dotados de eficácia plena). Assim, os direitos de defesa são, como normas autoexecutáveis, “considerados direitos autossuficientes” (PINTO; BREGA FILHO, 2014, p. 516).

⁹⁸⁹ Nesse sentido, não se pode limitar o reconhecimento legal das uniões homoafetivas à uma configuração inferior ou de segunda classe, ou mesmo lhe restrinja o direito de escolha unicamente à arranjo de união estável, visto que não há justificativas para discriminação em razão da orientação afetivo-sexual por se configurar uma violação aos direitos humano-fundamentais.

limitação ou direcionamento no desenvolvimento da personalidade do indivíduo se constitui como uma afronta à sua liberdade e intimidade pessoal e familiar (SANTÍN SÁNCHEZ, 2016, p. 224).

As democracias “agregativa” ou “deliberativa”, como é possível observar, não são os métodos preferíveis para a solução de discordâncias morais, pois, por ser um direito fundamental a Democracia é ao mesmo tempo condição de possibilidade dos direitos fundamentais oriundos do consenso. A fundamentalidade da Democracia nos sistemas de direito contemporâneo não se limita à participação popular no sufrágio ou de deliberação pública (ALVES, 2013, p. 323). É categórico afirmar que a nenhuma maioria política (seja ela de natureza econômica, política, social ou cultural) é dado o poder de dispor de direitos fundamentais (sejam liberdades ou garantias) dessa maioria (ou seja, direitos próprios) ou de minorias (outros grupos) independentemente da justificativa (FERRAJOLI, 2009, p. 36).

Como destacado por Proni e Proni, os avanços ou os recuos do processo civilizatório estão intimamente ligados com a sustentação ou erosão do equilíbrio de poder entre as liberdades e direitos dos indivíduos e os poderes e deveres do Estado (como dois pratos da balança). Esse (des)equilíbrio é um percurso de longa duração, assim como o processo civilizatório que conta com a importante contribuição do Direito, por isso, os limites para as violências governamentais (o que envolve a lesão de casais homossexuais, por exemplo, de terem sua condição juridicamente reconhecida) e a proteção da dignidade humana das minorias e dos grupos vulneráveis são conquistas em andamento.

É válido ainda *ênfaticamente* que o processo civilizador não é linear, nem inexorável, como mostra(ra)m as guerras dos séculos XX e XXI, o terrorismo e as violências contra as minorias no século XX. Nesse sentido, as preocupações de Norbert Elias (1997) se mostram relevantes, pois o processo civilizatório nunca está completo e sempre está ameaçado, correndo perigo por surtos de violência que rompam com o pacto de convivência civilizada, corre perigo por depender de condições específicas (inclusive sociais, estatais e intraestatais) que permitam a resolução pacífica de conflitos⁹⁹⁰ (PRONI; PRONI, 2017, p. 179).

⁹⁹⁰ Um exemplo de condição intraestatal de que falam Elias e Proni e Proni seria o diálogo institucional entre Cortes Constitucionais e Parlamentos. Ao reconhecer-se a legitimidade das uniões homoafetivas, caberia ao Parlamento, por sua limitação constitucional e limitação por força dos direitos humano-fundamentais, regulamentar a questão como forma de consolidar o entendimento. Aqui não se está defendendo uma subserviência do Parlamento, mas de uma obrigação dos membros eleitos de seguirem a

Considerando que o espectro populista apresenta dilemas de espetacularização quanto à eficácia do poder constituinte convertendo o instituto por meio de relativismos demagógicos, é preciso que a Constituição se apresente como poder jurídico-político superior. Essa “supremacia constitucional” como resultado do poder constituinte originário, tem a função de manter a democracia sobre controle (o que não significa dizer “domesticada” ou “amordaçada”) ao oferecer instrumentos institucionais que auxiliem na promoção da estabilidade social. Como disposto por Vladimir Brega Filho, uma Constituição e os direitos fundamentais são frutos de uma decisão política fundamental de um povo⁹⁹¹, representando em dado momento histórico seus anseios o que, por sua vez, reitera a pertinência do aspecto político e ideológico contido das disposições constitucionais. Nessas disposições, se encontram os direitos fundamentais, o que os dota de hierarquia, demonstrando que “a adoção de um sistema de direitos fundamentais constitui a decisão fundamental de um povo em um determinado momento histórico e nesta condição devem ser interpretados os dispositivos constitucionais a eles relativos” (BREGA FILHO, 2002, p. 49-50).

O efeito *Backlash* ainda que possa ser entendido como um fenômeno saudável em uma Democracia participativa e com a devida participação popular na legitimação dos caminhos seguidos, no pleno exercício de seu poder constituinte originário, não pode ser concebido como algo legítimo (ou justo) a priori. Como observado, os direitos fundamentais representam um patamar civilizatório mínimo e o reconhecimento de

Constituição, e que no constitucionalismo democrático tem nas Cortes Constitucionais seus principais intérpretes, e promoverem de sua parte uma estabilidade sociais e jurídica, sem vaidades ou “quedas-de-braço”. Entretanto, a realidade brasileira apresenta um Parlamento que legisla buscando estabilidade de sua condição (preocupada mais com apoiadores e o próximo processo eleitoral do que com o compromisso de legislar para todos) e um superpresidencialismo que motiva o populismo e crenças messiânicas muito mais voltadas para recuos e desequilíbrios sócio-políticos.

⁹⁹¹ A presente tese, é pertinente reiterar, considera a ideia de povo abstrata e ideologicamente considerada, como ficção política fundante da legitimação do sistema jurídico em seu nascedouro (sendo uma legitimação pré-existente à constituição de um Estado e eleição, com essa legitimidade de uma Constituição e suas escolhas políticas). Após esse momento fundante, a noção de povo se arrefece, pois fora desse momento específico, se torna impossível a unificação de uma sociedade plural e com diferentes níveis e estratos de desigualdade (cultural, linguística, política, religiosa etc.). Mesmo no que se poderia chamar de refundação do Estado, evocar essa unidade passa a estar vinculada nas decisões políticas anteriores (do antigo Estado) – como estabelecido na Parte I da presente tese. É válido destacar, como fez Rezek (1986) que o povo não é uma massa homogênea, mas uma infinidade de consciências, muitas dessas que nem mesmo chancelaram com sua escolha individual o agente político eleito (por terem participado do processo sufragista apostando em outro candidato corrente ou mesmo em nenhum) de modo que não consagraram, de livre consciência, aqueles indivíduos com o título de seus representantes e que mesmo assim são detentores de Poder político representativo naquele dado momento histórico. Vale ainda o destaque que há uma descrença da população quanto ao representativismo dos membros eleitos (do Executivo e do Legislativo) que nem mesmo esperam a responsividade deles. Desse modo, é simplória e monolítica a ideia da existência de um interesse geral e único manifesto na voz dos que se sagraram vencedores de um dado processo eleitoral (TAVARES, 2005, p. 510).

direitos fundamentais (portanto a postura do STF foi de reconhecer direitos ampliando o leque de interpretação) deve ser encarado como uma *chave de leitura* do texto constitucional e, por consequência, ferramenta limitadora da produção legislativa.

O grupo LGBTQ+ encontra-se em vulnerabilidade jurídico-social por faltar-lhes leis protetivas, o que intensifica uma vulneração sob o aspecto legislativo para além de ser um grupo minoritário. Considerando a omissão (ou mesmo violência simbólica) por parte do Legislativo, esses grupos submetem suas demandas e seu exercício de direito na arena Judicial. Vale reforçar que, em determinadas dimensões, também os ganhos nessas arenas são instáveis, pois as decisões judiciais não dialogam dentro de uma orientação única – pelo menos não até chegar ao terreno da Corte Constitucional.

A ausência de vinculação entre a decisão judicial e a Administração Pública (e o próprio Legislativo) impede que as vitórias nas arenas oficiosas garantam estabilidade nas relações sociais e jurídicas. A previsão legislativa inegavelmente apresenta uma maior legitimação, inclusive como estratégia discursiva, para que minorias possam exigir seus direitos em caso de descumprimento legal (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017, p. 3.847). Isso demonstra como a ausência de uma normativa expressa relega, em grande medida, a união homoafetiva e o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, o casal homossexual, a uma situação de proteção constituição insuficiente⁹⁹².

Cabe destacar que o direito é fruto da cultura, mas deve ser o ponto de chegada, o máximo ético da civilização (considerando toda a contradição e mutabilidade axiológicas produzidas em seu percurso histórico). Por essa razão, o Direito “precisa estar constantemente conectado aos seus fins e fundamentos”, caso contrário, estariam comprometidos “seu sentido, a sua compreensão e a sua própria manifestação na vida social”. Também é salutar destacar que “como um bem cultural, o direito não se apresenta como um objeto de estudo estático e acabado”, mas sim “um complexo sistema de ordenação da vida social em constante construção”. Assim, não deve apenas

⁹⁹² A partir dessa lógica, enquanto direitos sociais e econômicos podem sofrer algum tipo de limitação por um necessário amparo econômico-financeiro por parte do Estado (sendo essa flexibilidade reconhecida pelo senso comum teórico como possível, já que sem suporte econômico é proibitivo que o Estado forneça direitos sociais plenamente), tal lógica não se aplica aos direitos civis, como o direito ao casamento. Não há crise financeira ou econômica que legitime uma flexibilização do direito ao casamento homoafetivo, já que se trata de um custo arcado pelas partes contraentes e não pelo Estado. Ainda que se suscitem haver gastos públicos na realização de certos procedimentos (como casamentos sociais, feitos de modo assistencial) se trataria de um custo ligado ao casamento, não ao casamento entre pessoas do mesmo sexo particularmente. A limitação ao direito de casar só seria legítima se fosse indiscriminada, ou seja, se revogasse o casamento entre pessoas de mesmo sexo ou opostos.

refletir a realidade, mas “precisa definir como as pessoas de um determinado grupo devem agir a fim de garantir a paz e a consecução de interesses comuns” de forma que “à medida que o grupo se transforma, suas obras, incluindo-se aí o direito, incorporam suas transformações” (RAMOS, 2014, p. 18-19).

É possível reconhecer que o Projeto de Lei n. 6.583/2013 seja fruto de uma tentativa de *backlash*, mas não é plausível atribuir que seja unicamente resultado do reconhecimento da união homoafetiva pelo STF ainda que enfrente diretamente o tema⁹⁹³. A despeito de qualquer motivação *pseudodemocrática* em sua proposição, o Projeto de Lei viola princípios constitucionais por não reconhecer a diversidade das formações familiares já reconhecidas pelo STF, como: (i) a igualdade (Artigo 5º, caput); (ii) inviolabilidade a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (Artigo 5º, X). Para o projeto de lei, foi realizada uma enquete que, embora não tenha caráter científico, revela informações relevantes sobre percepções sociais (BARANOSKI, 2016, p. 76-77).

A enquete realizada sobre o Projeto de Lei do Estatuto da Família teve o efeito contrário ao que havia sido esperado pelos apoiadores da proposta, que buscavam na manifestação popular uma validação para o retrocesso dos direitos LGBTQ+. A enquete “Conceito do núcleo familiar no Estatuto da Família” que tinha como pergunta *Você concorda com a definição de família como núcleo formado a partir da união entre homem e mulher, prevista no projeto que cria o Estatuto da Família?* foi encerrada com a significativa quantidade de 10.282.070 (dez milhões duzentos e oitenta e dois mil e setenta) votos. O resultado foi que a *Resposta “Não”* se sagrou vencedora com 51,62% (o que representou 5.307.905 votos), enquanto a *Resposta “Sim”*, 48,09% (4.944.827 votos). Os votantes indiferentes ou que optaram por “Não tenho opinião formada” foram 0,29% (29.338 votos). Mais de trezentos mil votos de diferença levaram a proposta a ser “recusada” pela sociedade civil.

⁹⁹³ A resistência legislativa ao reconhecimento da união homoafetiva é anterior ao reconhecimento da união homoafetiva pelo STF e mesmo a resistência que se apresenta atualmente é muito mais fruto de uma resistência ideológica genérica (em desfavor de pautas que se credita à esquerda e à um partido específico) do que, necessariamente, ao casamento homoafetivo em particular. Samuel Sales Fonteles, em uma visão contrária aos avanços das pautas de minorias pela judicialização, enxerga tais vitórias na arena judicial como dotadas de um “DNA” com “a ideia de rompimento com valores judaico-cristãos e com as tradições da civilização ocidental, atraindo reações à altura e incentivando a articulação de grupos favoráveis ao *status quo*” (2019, p. 200), mesmo reconhecendo que “[n]ão seria prudente dizer que as decisões do STF devem ser inteiramente responsabilizadas” pela formação de uma legislatura mais conservadora. Dessa forma, a preocupação essencial é afastar o sentimento ou crença de “deslegitimação por parte da maioria da população” com relação ao Poder Judiciário, visto que o seu acesso para demandas políticas por parte das minorias, “cumpre dar condições a toda a população para assegurar de fato a sua cidadania” (RIBEIRO, 2000, p. 300).

O site da Câmara destaca como resultado da pesquisa de opinião anterior foi quase absolutamente contrária ao Projeto de Lei do Estatuto da Família com 94% dos participantes discordando e apenas 6% concordando (ver figura ao final). Em mais uma pesquisa de opinião para o projeto, mesmo em meio à onda de ascensão conservadora do país 77% da população se mostra contrária (sendo 60 de total discordância e 17% com discordância na maior parte do projeto) enquanto apenas 23% concorda totalmente (não há votações de concordância parcial, nem votos de pessoas indecisas)⁹⁹⁴.

O Estado Democrático de Direito elevou como mote “conquista de efetividade e plenitude” dos direitos fundamentais, como foi estabelecido por Horta (2002), mas essa questão apresenta-se como um “desafio de alta complexidade” na contemporaneidade. Esse complexo problema tem proporções globais demandando que ocorra uma globalização dos direitos fundamentais e da estrutura jurídica que os acompanha, demandando igualmente uma percepção da realização desses direitos como “máximo ético e único modo de efetivação da Ideia de Justiça”. Como fruto de uma construção eminentemente ocidental, é preciso que as prerrogativas jurídicas de dignidade (que se consubstanciam em direitos fundamentais) tenham validade universal e sejam “pautadas no (re)conhecimento [...] não no plano de uma mera imposição” ou de valores unilaterais. O Direito, mesmo sendo uma *realidade histórica*, não prescinde de um sentido universal, sendo esse sentido não uma permanência essencial, “mas como conquistas civilizacionais que se revelam no âmago dos milênios de história da cultura” que tem seu ápice no Direito “como ordem jurídica de efetivação dos direitos humanos” (PINTO COELHO, 2012, p. 296-297)⁹⁹⁵.

Pinto Coelho, com respaldo em Ferreira (2006), destaca que essa visão do Direito envolve reconhecê-lo como “comunicação racional dos axiomas culminantes de

⁹⁹⁴ Essas enquetes recentes apresentam uma baixa participação.

⁹⁹⁵ É possível objetar que os direitos fundamentais não podem ser um máximo ético, entendendo-se que eles o contrário: *um mínimo ético*. Essa objeção pode apontar que se os direitos fundamentais são um máximo ético global corre-se o risco de que em determinados contextos onde não se aplica a *teoria da árvore viva* ocorra uma cristalização de um determinado rol de direitos. Assim, se, pelo contrário, os direitos fundamentais e humanos forem reconhecidos como mínimos éticos, nada impede que eles devam ser globalmente reconhecidos, mas que em determinados contextos surjam novos direitos relacionados a demandas concretas. A afirmação que eles são um máximo ético pode passar o sentido de que eles são o teto (limite), e se eles são um mínimo ético, é como se fossem o piso (ponto de partida). É preciso, entretanto esclarecer que a proposta de um “máximo ético” se faz como “norte” de compreensão e luta dos direitos humano-fundamentais, especialmente porque esses direitos se aperfeiçoam na concretude da realidade, o que destaca a importância da luta social por significados cada vez maiores e mais legitimados de valor. Essa ideia dos direitos humano-fundamentais como princípio e fim, alfa e ômega, impulsionam as reflexões e construções que não se satisfaçam com o mínimo e sempre almejem por mais. Assim, é importante destacar que tanto a reflexão do máximo ético quanto do mínimo ético são complementares e não excludentes.

uma comunidade ética” que busca a coesão da vida em comum sem esvaziamento no plano da subjetividade e da singularidade do ser humano em uma sociedade eticamente organizada. Isso demanda reconhecer na história a noção do jurídico, história que se produz e legitima o jurídico em seus elementos conceituais por intermédio de um procedimento democrático⁹⁹⁶.

A compreensão do Direito como universalidade cultural coloca-o em uma condição de componente fundamental em qualquer sociedade que afirme a dignidade humana como “fim último e maior da vida política”. A partir disso, os direitos humano-fundamentais são importantes instrumentos para que o conceito da dignidade humana seja globalizado em uma perspectiva intra e internacional. O percurso histórico, orientado pela diretriz do humanismo, estabelece a alteridade (como processo de reconhecimento do outro, do diferentes, como alguém dotado de igual dignidade) como elemento fundamental da Justiça Universal (PINTO COELHO, 2012, p. 297-298).

Essa maturidade é salutar quando cabe à Corte Constitucional a tarefa de “decidir por último” por previsão constitucional, responsabilidade essa estabelecida por um legislador constituinte democraticamente eleito e no contexto de um Estado Democrático de Direito, como exposto por Marcos César Botelho (2013, p. 49). Segundo o autor, seguindo o entendimento de Häberle (1997), quando ocorrem desacordos morais ou “profunda divisão da opinião pública”, ao Tribunal Constitucional se incumbe a função de zelar que essa discordância não comprometa a função integrativa da CRFB/88.

Esse entendimento legitima que a Corte controle a participação dos diferentes grupos para que, com lealdade, a interpretação da Constituição se faça de modo a levar em conta aqueles que estão (ou foram) excluídos do processo. Logo, a posição de dar a última palavra é uma atribuição conferida pelo “povo” em sua condição de “legitimador do legislador constitucional”. Assim, a jurisdição constitucional se abre à práxis argumentativa e a isso se soma que cabe à Corte “pôr um fim ao procedimento

⁹⁹⁶ O que pode ser atribuído às dialéticas entre política, movimentos sociais, construção teórica do direito a partir da realidade, a racionalidade da argumentação mesmo em contextos de impermeabilidade representativa, o que reforça a necessidade de movimentos sociais identitários e construções teóricas das demandas por justiça. Essa dialética leva a questão para o plano normativo e/ou teórico, gerando a noção do jurídico a partir das demandas democráticas. A (re)leitura da teoria constitucional em uma perspectiva mais inclusiva, que norteia uma sociedade substancialmente democrática, perpassa por compreender o direito como experiência social. Conforme Pinto Coelho, a compreensão do Direito como experiência social complexa permite a identificação dos direitos fundamentais como ápice do “processo ético-político”, apresentando a Ordem Jurídica democrática onde a efetivação desses direitos é o *maximum* ético da vida contemporânea (PINTO COELHO, 2012, p. 296).

argumentativo, ambos determinados pelo povo o que implica o reconhecimento democrático de sua legitimidade”⁹⁹⁷ (BOTELHO, 2013, p. 49). A opinião pública eventual e circunstancial, dessa forma, não pode decidir a interpretação constitucional, posto não ser legítima a revogação episódica de uma legitimação perene.

A limitação do exercício da participação popular em movimentações de conservadorismo reacionário (seja por meio de *backlash* legislativo ou emanado do executivo) respeita, portanto, o regime democrático quando sua compreensão (e realização) supera a mera lógica formal, procedimental e eleitoral do fazer democrático. A positivação do direito de constituir família no sistema jurídico brasileiro por meio do reconhecimento da união homoafetiva (e do casamento por consequência) confere blindagem (por conta da coerência democrática da decisão) e legitima a legitimação de uma tentativa de rediscussão da matéria em sentido de retrocesso. A retirada de pauta do tema de futuras discussões, seja em sede de participação popular (referendo, plebiscito ou similares), seja em sede de discussão parlamentar (propostas de legislações infraconstitucionais ou mesmo de emendas constitucionais) e seja ainda em sede de superação de precedente (caso ocorra um *backlash* judicial com a formação de uma corte conservadora e reacionária no STF) é legitimado pela coerência constitucional e civilizante do regime democrático⁹⁹⁸.

Tanto os direitos individuais de liberdade e igualdade, como os direitos de participação na esfera pública precisam ser garantidas pelo Estado para o desenvolvimento da pessoa humana (com implicação normativa entre a autonomia

⁹⁹⁷ Häberle aponta para a necessidade de racionalizar o processo de abertura, sob pena de *dissolvimento* da exegese constitucional em um sem-número de interpretações e intérpretes (COELHO, 1998, p. 30). Não se pode pensar que a Democracia Constitucional por “ser um regime axiologicamente comprometido” implique em “um sentido estático”, pois trata-se de um “processo de incessante tentativa de construção de uma comunidade livre”. A Democracia Constitucional busca alcançar um equilíbrio (por isso atua gerindo uma constante tensão) entre a “existência da universalidade de uma comunidade”, ou seja, a existência do “indivíduo” e do “todo”. Logo, deve sempre garantir a manutenção das “liberdades individuais e a liberdade democrática” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 23). A decisão do STF ao reconhecer o direito de indivíduos livremente escolherem e formarem suas famílias sem o óbice da discriminação por orientação afetivo-sexual respeita a liberdade individual e não compromete, em absoluto, a liberdade democrática, visto que o exercício da liberdade democrática não legitima a restrição desse direito humano-fundamental.

⁹⁹⁸ O princípio da confiança no Estado, na Democracia e no sistema jurídico configura-se como condição de elemento nuclear em um Estado Democrático de Direito e dessa forma impõe ao Poder Público que atue com boa-fé nas relações com os indivíduos, bem como que respeito a confiança depositada pela sociedade na estabilidade e continuidade da ordem jurídica (como um todo) e das relações jurídicas. Desse modo, os órgãos estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) estão vinculados às imposições constitucionais e infraconstitucionais, ficando também sujeitos “a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores”. Nesse sentido, a proibição de retrocesso implica reconhecer que o órgão Legislativo, mesmo dispondo do poder de tomar livremente suas decisões, não pode desprezar a Constituição, estando sempre e inquestionavelmente vinculado aos direitos fundamentais e às normas constitucionais (SARLET, 2012, p. 25-26).

pública e a privada). Nesse sentido, garantir apenas direitos políticos-eleitorais nada significa sem a liberdade de ir e vir e a autonomia privada, ou a liberdade de exercício profissional (livre iniciativa), sem possibilidade real de participação na esfera política⁹⁹⁹. A esfera emancipatória proposta por Habermas deve ter como fio condutor a consolidação democrática¹⁰⁰⁰. Lidar com o conflito só é possível em uma sociedade pluralista, que reconheça múltiplas visões de mundo que é particular de cada pessoa humana – e isso afasta qualquer possibilidade de “imposição de um projeto de vida boa como única visão de mundo”. A teoria *habermasiana*, a despeito de defender uma proposta que não parece factível em um primeiro momento quando se pensa em controle de constitucionalidade e positivação de direitos via jurisdição constitucional, apresenta relevantes contribuições para a construção democrática substancial, de modo ser possível extrair da teoria *habermasiana* que uma democracia radical só é possível “a partir da normatividade da Constituição que possibilitará o exercício dos direitos

⁹⁹⁹ O reconhecimento social amplo, liberdade e igualdade individual, a assimilação de diferenças e respeito das garantias são perspectivas que baseiam o pluralismo das sociedades complexas e que se apresentam como um desafio ao Direito – a quem cabe de forma (tradicionalmente) generalista estabelecer padrões de comportamento. Desse modo, em sociedades plurais e complexas o combate à discriminação, o que envolve (i) abandonar a generalização dos parâmetros estabelecidos por grupos dominantes sob o pretexto que são imparciais e neutros; (ii) superar ideologias heterossexistas como único padrão admissível ou de status superior; e ainda (iii) perceber as especificidades e necessidades das categorias vulnerabilizadas em razão do paradigma dominante (ROTHENBURG, 2017, p. 159). Farias ressalta que o respeito pela pluralidade é que permite alguma dimensão de unidade em uma Democracia, visto que a democracia “é a esfera do agir comum”, mas sempre consciente que os indivíduos agem e pensam de formas distintas. O reconhecimento da pluralidade (enquanto condição humana), a impossibilidade de aniquilação do outro em busca da formação de uma identidade e o reconhecimento da diferença na convivência são pressupostos democráticos (FARIAS, 2004, p. 216). A teoria da Constituição, o pacto social celebrado (de civilidade e de compromisso com os direitos humano-fundamentais) e a própria concepção de uma Democracia substantiva, demonstram a possibilidade de limitação da vontade majoritária, ainda que ela se arrogue de pretensão de exercício do poder constituinte (seja ele reformador ou “originário” – aqui no sentido de definir o significado da Constituição). Como apontado por Bielschowsky, salvo valores que “sejam plenamente conexos à persecução do interesse comum”, é vedado em uma Democracia que haja imposição de valores das majorias para as minorias. Da mesma forma, segundo o autor, não é legítima qualquer interesse em (ou exercício de) “restringir quaisquer liberdades das minorias que não sejam absolutamente incompatíveis com o interesse da comunidade”. Como bem destaca Bielschowsky, o Estado Democrático Constitucional deve atuar (pois sua atuação é necessária) para garantir que a ordem substantiva e substancialmente democrática seja mantida, o que exige que as diferenças sejam também respeitadas e protegidas pela comunidade (além de o serem por parte do Estado), garantindo-se igualdade e liberdade aos indivíduos (2013, p. 25).

¹⁰⁰⁰ Bahia e Silva, ao traçarem uma possível aproximação entre a CRFB/88 e Habermas, apontam que o Direito (o que aqui incluiria o Direito Constitucional) é um mediador reflexivo das interações sociais, regulamento poder administrativo e financeiro, mas também possibilitando que os participantes da sociedade possam considerar a organização jurídica da vida como se da formação intersubjetiva racional da vontade ela tivesse sido formada. Com isso, para os autores, Habermas estaria buscando indicar que a validade das normas em uma sociedade democrática (perspectiva radical) quando os cidadãos fossem coautores e destinatários dessas normas, apresentando seu assentimento livre. É possível, a partir dessa premissa, estabelecer que em uma leitura democrática o Estado Democrático de Direito é um processo de aprendizado social, que pode, por essa razão, ter tropeços. O Direito não pode ser apartado da Democracia, pois a institucionalização da democracia se dá pelos direitos fundamentais como condições jurídicas dessa institucionalização (BAHIA; SILVA, 2017, p 250-251).

fundamentais como fato inclusivo dos indivíduos no projeto comunitário” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 252-253).

Como colocado por Walter Claudius Rothenburg, quando se apresenta no debate democrática a afirmação da homoafetividade isso tem conduzido um processo de aceitação ampla na sociedade, de modo que a “grande revolução” não está apenas no reconhecimento de uma identidade marginal (no sentido de ser distinta da maioria, mas no reconhecimento do outro e na sua admissão de um outro padrão de normalidade. Quando a Corte Constitucional decide em favor dos direitos de minorias (como o reconhecimento da família homoafetiva) o que pode estar se apresentando é que o Tribunal está “a desempenhar um papel majoritário e não contramajoritário”. Rothenburg faz essa afirmação ao observar dados que indicam que o nível de aceitação das sociedades (pois se trata de um fenômeno internacional) pelos direitos (e pela própria união) dos casais homoafetivos tem crescido nos últimos anos¹⁰⁰¹. Assim,

¹⁰⁰¹ O autor faz referência em sua análise aos dados apresentados pelos jornais Washington Post e ABC News e outros estudos indicando que em 2004 apenas 32% dos americanos eram favoráveis à união entre pessoas do mesmo sexo, esse número cresceu em 2011, quando a maioria (53%) se declarou à favor desse reconhecimento (ROTHENBURG, 2017, p. 160). É usual verificar que autores críticos ao protagonismo judicial no caso das uniões homoafetivas apresentem dados “estatísticos” que apontem uma desaprovação social para tais uniões. Como se, em alguma perspectiva democrático-constitucional, a *opinião pública* fosse dotada de legitimidade ou titularidade para conferir ou negar direitos fundamentais em uma sociedade civilizada. Cabe mencionar, a título de exemplo, que Samuel Sales Fonteles cita uma pesquisa de opinião de 2018 (feita pelo IBOPE Inteligência) que aponta que “39% dos entrevistados manifestaram-se favoráveis ao casamento entre homossexuais, enquanto 50% se opuseram à medida” (2019, p. 191). Essa pesquisa indicou um crescimento no início de 2018 da parcela contrária ao casamento homoafetivo que estava em franca diminuição visto que em 2016 a rejeição era de 44%, a aprovação diminuiu, segundo a pesquisa de 42% para 39%. É possível claramente inferir que essa mudança é resultado da ascensão do movimento conservador e reacionário que ganhou forças com a crise política desde o ano de 2016 com as consequências do *impeachment* de 2016. Entretanto, outra pesquisa, apresentada pelo *Relatório Opinião* sobre temas diversos, em outubro de 2018, elaborada pelo *Datafolha Instituto de Pesquisas*, identificou que uma ampla maioria acredita que a homossexualidade deve ser aceita por toda a Sociedade (74%) enquanto apenas uma minoria (18%) se posicionava contrariamente. Em junho de 2017, 74% eram favoráveis e 19% contrários. É possível constatar uma “evolução” na aceitação social da homossexualidade quando em novembro de 2013, ou seja, dois anos depois da decisão do STF, os índices eram de 67% (favoráveis) e 25% (contrários) à homossexualidade, respectivamente (2018, p. 02). Luana Adélia Araújo Martins e Tainah Simões Sales, ao também analisarem o efeito *backlash* e a opinião pública a respeito da decisão o STF sobre a união estável homoafetiva, apresentam um dado interessante a ser comentado. As autoras mencionam uma pesquisa feita pelo IBOPE, feita no ano de 2011 após a decisão da STF, onde 55% dos participantes se manifestaram contrariamente à concessão do direito aos casais homossexuais, mas após quatro anos, uma pesquisa feita pela *Hello Research* teria identificado que 49% dos entrevistados se posicionavam contra (30% a favor e indiferentes 21%), o que mostra um aumento, ainda que tímido, da aceitação (SALES; MARTINS, 2018, p. 15). Cabe destacar também que o levantamento feito pelo *IBOPE Conecta*, publicada em junho de 2018, indicou que 45% dos entrevistados se mostrou a favor do casamento entre homossexuais, 28% “nem a favor nem contra”, 22% contra e o percentual dos entrevistados que não soube ou não respondeu foi de 5% (2018, p. 10). A pesquisa foi centrada na cidade de São Paulo, mas considerando a quantidade de entrevistados (800 indivíduos) e as características da cidade como uma cidade cosmopolita é possível inferir que apresenta um perfil muito similar com o restante do país em uma perspectiva geral. O perfil dos entrevistados: a) no que se refere a idade: 17% com idade entre 16 a 24 anos; 20% com idade entre 25 e 34 anos; 18% com idade entre 35 e 44 anos e 17% com idade entre 55 ou mais; b) no que se refere a sexo: 46% do sexo masculino e 54% do

segundo o autor, o Poder Judiciário, “ao decidir em favor dos direitos dos homossexuais, pode estar a desempenhar um papel majoritário e não contramajoritário”, fazendo a necessária ressalva que “qualquer dessas tendências é justificada em termos de direitos fundamentais” (ROTHENBURG, 2017, p. 160). É importante observar que a aceitação desses casais cresceu no Brasil, sendo no ano de 2017 “segundo o Instituto Big Data, 65,5% da população brasileira declarou-se a favor do casamento homossexual” (SOUZA, 2018, p. 112)¹⁰⁰².

Os processos de luta (judiciais e extrajudiciais) do movimento LGBTQ+ para o reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, sem discriminação em razão da orientação afetivo-sexual, é também um processo de reconhecimento por uma Democracia real – o litígio estratégico é uma dimensão dessa construção. Além disso, no atual contexto da Ciência Jurídica, dos debates sobre os direitos humano-fundamentais e a construção de relativos consensos científicos sobre a sexualidade, além da inegável presença de entidades familiares formadas por casais homossexuais, o reconhecimento jurídico mostra-se um imperativo lógico, democrático e de justiça¹⁰⁰³.

Maneiro e Pulcinello destacam a importância do litígio estratégico como ferramenta do constitucionalismo dialógico¹⁰⁰⁴, pois a atuação judicial pressupõe “um sistema de realce da divergência” buscando a “ampliação do debate sobre questões constitucionais sensíveis, que não se limita à arena judicial, mas se estende à arena

sexo feminino; c) no que se refere a escolaridade: 33% com ensino fundamental; 38% com ensino médio e 29% com ensino superior.

¹⁰⁰² Como apontado por Souza: “Trata-se, acima de tudo de humanização das relações sociais, eis que o reconhecimento do outro tem influência decisiva na constituição de sua identidade e no desenvolvimento de sua autoestima, pois aquela é formada, a partir do modo pelo qual cada um se autocompreende, dependendo, para tanto, do olhar do outro, num processo dialógico de mútuo respeito e consideração. Nessa perspectiva, o valor da humanidade do sujeito desloca-se do eu, para a forma como tal sujeito compromete-se eticamente com o respeito à humanidade e à dignidade do outro. A desvalorização do outro provoca constrangimento, desconforto, vergonha e, não raro, sofrimento psíquico derivado da negação/rejeição da própria identidade, ou adesão compelida à moral imposta. Como de amplo conhecimento, para o homossexual, a opção não se encontra em estabelecer relacionamentos com pessoas do mesmo sexo, ou de sexo diferente, mas entre reprimir sua sexualidade ou vivê-la clandestinamente” (SOUZA, 2018, p. 174).

¹⁰⁰³ Não se pode esquecer também que, a partir do momento em que houve uma constitucionalização do Direito de Família, há que se preservar além dos princípios já expostos (v) a liberdade – o que inclui a liberdade e autonomia na construção da família orientada pela afetividade; (vi) igualdade e respeito à diferença como um complemento do princípio da igualdade; (vii) solidariedade familiar; (viii) pluralismo das entidades familiares – o que denota que não cabe mais ao direito excluir tipos de famílias motivados por um conservadorismo judaico-cristão oportunista; (ix) da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos – que fortalece a legitimidade do reconhecimento de todos os arranjos de família, pois toda família deve titularizar o direito de exigir a proteção estatal; (x) o reconhecimento da afetividade; e (xi) a proibição do retrocesso.

¹⁰⁰⁴ As autoras apresentam esse constitucionalismo dialógico como um “conjunto de teorias dialógicas que procuram tratar do problema da tensão democrática da judicial review a partir do diálogo entre as instituições e/ou sociedade” (2017, 201).

política e social”. A decisão deve considerar tanto a construção jurisprudencial que foi se formando em cadeia sobre a temática discutida (que funciona como um indicador para o próprio Judiciário sobre as mudanças sociais), quanto considerar “a interpretação do sentido da Constituição realizado pela própria sociedade e suas instituições políticas”¹⁰⁰⁵. O litígio estratégico possibilita a construção argumentativa permitindo a superação da jurisprudência e oportunizando a abertura para “diálogos constitucionais como garantia da integridade do sistema; o que não raro poderá significar uma maior deferência para com as escolhas políticas”. Partindo de uma visão global dos argumentos apresentados no litígio estratégico, a decisão deve avaliar “sua finalidade e como se comportou a prática jurídica até aquele momento”, de modo a “abrir o campo do diálogo com os demais autores do ‘romance constitucional’”, já que a interpretação não se dá exclusivamente no ambiente das Cortes (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 201-202), mas também na luta social e política.

Nesse sentido, é valiosa a lição de Tavares ao identificar no processo constitucional uma participação horizontalizada, já que não depende de uma manifestação político-eleitoral para alcançar a arena de discussão de fundamentos democráticos. A sociedade civil organizada (e não só ela) leva à Corte Constitucional problemas reais e concretos do seio social. Com isso, assegura-se “uma efetiva proteção das minorias, ou uma proteção mais intensa, bem como a promoção de uma pluralidade, quando se promove a legitimidade pelo acesso participativo” (TAVARES, 2005, p. 512-513).

O sistema constitucional-democrático mantém sua coerência e integridade ao manter a estabilidade jurídica dos direitos humano-fundamentais positivados e conquistados. É uma resposta às lutas sociais, ao amadurecimento do Direito enquanto ciência e do equilíbrio do sistema para assimilar novos contextos¹⁰⁰⁶. Como observado

¹⁰⁰⁵ Por óbvio essa “interpretação” da sociedade sobre o sentido da Constituição (e suas normas) não deve ser considerada como orientação para as Cortes quando apartada dos direitos humano-fundamentais e dos valores democráticos.

¹⁰⁰⁶ Zagrebelsky de forma acertada afirma que “A possibilidade combate tanto o dogma quanto a realidade, dado que, para ser possibilidade e não se contradizer, nunca pode desembocar na aceitação passiva das últimas consequências que a necessidade impõe. Ela postula que em toda situação falte algo, um lado que permaneceu na sombra e pede para ser levado à luz e ao que é possível ligar-se para ir além. Tudo deixa entrever uma perspectiva de superação do que é dado, do que é visível. [...] No comportamento de quem se inspira na possibilidade existe, portanto, uma força que atua para ir continuamente além, embora não necessariamente para ir ‘mais em frente’. Na possibilidade está compreendida também a eventualidade da derrota, do recuo.” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 131). Atualmente é possível perceber que as possibilidades democráticas surgem ou se desenvolvem em arranjos onde sistema político e jurídico atuam interligados. A Democracia Constitucional em profunda tensão dialética e complementar com o constitucionalismo democrático revela o atual estágio (desejado)

por Piovesan, a construção de uma cultura dos direitos humanos, que se inspira na observância de um “mínimo ético irreduzível”¹⁰⁰⁷, permite o alcance de um universalismo de confluência (respeitando-se o diálogo cultural, diversidade e reconhecimento do outro) fundada no ser pleno da dignidade e dos direitos (PIOVESAN, 2019, p. 19).

Com assertividade se expressou Saramago ao afirmar que sem Democracia não pode haver direitos humanos, mas sem direitos humanos não há democracia, sendo comum falar-se *muito* de Democracia e (*quase*) *nada* de direitos humano-fundamentais, a despeito das duas serem as grandes batalhas da contemporaneidade (SARAMAGO, 2003)¹⁰⁰⁸. O adequado funcionamento da Democracia tem no *judicial review* (a despeito

da Democracia nas sociedades contemporâneas no Ocidente. Considerando a capacidade de adaptação da democracia no sentido de, mediante crises, determinar ferramentas de superação de paradigmas como forma de adaptação. É inegável que a manifestação da Democracia está passível de momentos/situações de inversão, como ocorreu na Alemanha nazista, no fascismo italiano, nas ditaduras militares na América do Sul, não se trata de um fenômeno generalizado, mas sintomático. Assim, eventuais (co)lapsos das (e nas) democracias podem ser resolvidos pelo sistema internacional (aqui tratando-se das Cortes Internacionais do sistema global e sistemas regionais).

¹⁰⁰⁷ Considerando que uma característica dos direitos fundamentais é a busca da eficácia máxima de sua definição, esta deve se dar da forma mais abrangente e que melhor garanta seu gozo. Assim, entre duas interpretações, uma no sentido de incluir um direito como cláusula pétreia e outro de exclusão, a opção que se mostra adequada é a que garanta a eficácia máxima aos direitos fundamentais (BREGA FILHO, 2002, p. 85). O reconhecimento ao direito de livre constituição familiar, sem discriminação motivada pela orientação afetivo-sexual dos contraentes, configura-se como um direito subjetivo historicamente negado. A discriminação por orientação afetivo-sexual na constituição de uma família se configura como situação jurídica incabível em um Estado Constitucional, Social e Democrático de Direito (MARTÍN SANCHEZ, 2016, p. 226). Considerando que o reconhecimento dos direitos deve ser integral, a perspectiva unicamente formal não atende às condições mínimas para que a dignidade humana se configure. Não há existência digna, como estabelecido pela Justiça Social em um Estado Democrático de Direito se a dignidade humana não for respeitada em sua integridade (SILVA, 1998, p. 91-93). A igualdade é, ao mesmo tempo, um valor e um princípio jurídico. O reconhecimento a não discriminação e de que todas as pessoas são iguais como autêntico norte interpretativo constitucional, não oferece margens argumentativas razoáveis para que alguém seja discriminado, em qualquer âmbito que seja, apenas por ter uma condição sexual que diverge da condição sexual da maioria (em que pese, numa visão distorcida e heterocentrada, a condição sexual majoritária é tida como “normal” e as que lhe são divergentes seriam “não normais”). Como questionado por María Martín Sánchez, não há argumentos jurídicos ou mesmo constitucionais para diferenciar desproporcionalmente (em um sentido discriminatório) uma orientação afetivo-sexual das demais (2016, p. 224).

¹⁰⁰⁸ A partir de Fernando de Brito Alves a concepção de Democracia tem, por fundamento, duas facetas, uma (i) política – entendendo a democracia como um sistema complexo, que se constitui por um conjunto dinâmico “de instituições e regras substantivas de distribuição de poder e organização do Estado”, não reduzíveis à um procedimento popular periódico (o processo eleitoral); e (ii) normativa – a democracia consubstancia-se em “um complexo sistema de direitos, constituindo-se ela própria um direito fundamental”, que não pode ser dissociada da conjugação do princípio minoritário e majoritário de forma plena. Como aporia política é um impulso em constante realização nunca findado plenamente (ALVES, 2013, p. 322). Essas reflexões permitem também vislumbrar (mesmo que não intencionalmente) uma visão da democracia como um sistema complexo de autocorreção e evolução para superação de crises e paradigmas instrumentais, institucionais e mesmo fenomenológicos (como o fenômeno do conservadorismo-reacionário que ameaça as instituições democráticas contemporâneas). Assim, aqui não se está a negar que o autogoverno e a soberania devam ser considerados na construção de uma Democracia, mas é preciso sempre destacar que se trata de uma questão muito mais complexa do que a simples vontade majoritária, bem como diferenciar o que se poderia equivaler a concepção de povo de

de alguns problemas políticos possíveis) uma ferramenta importante, pois a jurisdição constitucional possibilita a abertura de canais de participação política, nos espaços oficiosos, o que permite mudanças (*clearing the channels of political change*), além de impedir que sejam tomadas decisões que ameacem os direitos das minorias que não tenham espaço nos processos políticos formais de uma democracia (*facilitating the representation of minorities*) (ELY, 1980).

A sociedade está mudando, e a participação política em novas mídias e espaços de representação estão se fazendo sentir. Um exemplo é a reação da sociedade civil quanto ao Projeto de Lei do Senado, nº 612, de 2011 – (Casamento homoafetivo) – Autoria: Senadora Marta Suplicy (PT/SP). Ementa: Altera os arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo¹⁰⁰⁹. Em 29/09/2011 SF-PLÉG – ocorreu o protocolo legislativo, mas em 20/12/2018 foi arquivada ao final da legislatura. Na consulta pública sobre a proposta, o Projeto de Lei recebeu 43.659 votos a favor e 13.234 contra.

Interessante observar que, no que se refere ao último parecer nesse projeto¹⁰¹⁰, referente a uma emenda (Emenda 4-S) que buscava definir o casamento como união entre um homem e uma mulher, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) se manifesta que a interpretação constitucional cabe ao STF, argumento esse usado para negar o pedido de emenda, acrescentando que a constitucionalidade da Resolução 175, do CNJ, também foi reconhecida por unanimidade pela Corte.

uma mera multidão eventual. Partindo das reflexões de Ulrich K. Preuss, existem duas formas ou métodos para qualificar uma multidão para que possa governar a si mesma: (i) pela a abordagem “soberanista”, que o autor considera a partir de uma concepção de autogoverno entendida como *autodeterminação coletiva* que demanda e estabelece o poder absoluto institucionalizado da (e na) coletividade sobre suas partes constituintes. Nessa visão *unidade e soberania* do povo são tomadas como idênticas, de modo que os atos de regra consistem na força de vontade da coletividade; e (ii) pela a abordagem “constitucionalista” entendida como uma noção de autogoverno, onde a vontade do corpo unido está incorporada em uma Constituição, ou seja, um sistema de regras, de instituições e de procedimentos que determinam os princípios de como uma sociedade livre deseja ser ordenada. Nessa perspectiva a multidão é transformada em “o povo”, mas este não se autogoverna unindo as vontades individuais a uma vontade coletiva, mas esse governo ocorre por meio da aplicação das regras escolhidas aos casos relevantes por meio das instituições competentes. A eficácia dessa soberania consagrada na constituição se realiza com o funcionamento das instituições constitucionais, não dependendo da efetividade de uma vontade coletiva (PREUSS, 2010, p. 36).

¹⁰⁰⁹ Conforme informações do site: “Explicação da Ementa: Altera a redação do art. 1.723 da Lei n. 10.406/02 (Código Civil) para reconhecer como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; altera a redação do art. 1.726 da referida Lei para prever que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração, produzindo efeitos a partir da data do registro do casamento”.

¹⁰¹⁰ Parecer (SF) n. 31, de 03 de maio de 2017, tendo como relator o Senador Roberto Requião.

Reforça também que o tema já foi transitado em julgado, tratando-se, portanto, de uma necessidade legislativa e uma dívida do Congresso Nacional, bem como o seu reconhecimento é uma realidade em países pelo mundo (considerando a discriminação no gozo de direitos, em sua dignidade, no seu direito à liberdade e identidade), se configurando um descompasso entre a lei e a jurisprudência, ou seja, “entre o texto do Código Civil e o que já está definido e é adotado pela sociedade”, sendo inaceitável o silêncio do legislador, em especial por se tratar de um mundo democrático e por serem essas conquistas da comunidade LGBTQ+ já se encontrarem “há algum tempo substanciada” (SENADO FEDERAL, 2011, p. 05).

O litígio estratégico, ao utilizar-se de forma inteligente do sistema de precedentes, “tem por objetivo a transformação da realidade social [...] a partir de um amplo debate entre as instituições políticas e seguimentos sociais”, uma vez que esse debate “já traduz o reconhecimento ou ampliação do conteúdo do Direito pelas vias ordinárias próprias”. A transformação social “ocorre de forma gradual e contínua”, razão pela qual não deve haver uma “petrificação da interpretação constitucional”, o que, em uma perspectiva *dworkiniana* de interpretação construtiva, leva a “considerar o conjunto de precedentes sobre determinada matéria como um romance em cadeia”. Essa perspectiva aponta “que a integridade do sistema jurídico depende de um processo de autocorreções reiteradas ao longo do tempo, por intermédio de técnicas de superação dos precedentes” de modo que os temas constitucionais sensíveis recebam o tratamento à luz da integridade do sistema e com o envolvimento dos “demais autores do romance constitucional”¹⁰¹¹ (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 215-216).

¹⁰¹¹ É indissociável considerar, nesse sentido, que a efetivação dos direitos humano-fundamentais é condição *sine qua non* para a consolidação da democracia, bem como é preciso reconhecer que a fragilidade da democracia é uma das principais razões para que esses direitos gozem de baixa efetividade. O engajamento das instituições e da sociedade deve ocorrer no sentido de superar os bloqueios (políticos, argumentativos, institucionais, culturais e jurídicos) que impedem um “avanço em direção a um padrão civilizatório mais elevado” (PRONI; PRONI, 2017, p. 191-192). Assim, a efetivação dos direitos humanos pode ser considerada uma condição para a consolidação da democracia e para a solução pacífica de conflitos no Brasil. E, inversamente, também se pode afirmar que a fragilidade da democracia e a elevada concentração da riqueza e do poder estão entre os principais motivos para a baixa efetividade dos direitos humanos no País, o que bloqueia o avanço em direção a um padrão civilizatório mais elevado. Bielschowsky é preciso quando afirma categoricamente que “vontades majoritárias podem ser antidemocráticas, bem como decisões estatais contramajoritárias por muitas vezes são essenciais ao regime da democracia”. Nesse sentido, a atuação das Cortes (mesmo sem negar que essa ação deveria, em uma dimensão ideal – mas não real – do contexto brasileiro) para reconhecer o direito à união homoafetiva “se encaixa perfeitamente” na dimensão da fraternidade (ou solidariedade) como realização de um “direito e dever fundamental em uma democracia constitucional que se pretende vinculada à cultura da liberdade”. Perante a imperiosa necessidade de se tratar todos igualmente e sem discriminações de qualquer natureza (que não estejam amparados na boa e justa razão democrática) é igualmente imperioso que “fraternalmente” se respeitem “as liberdades de cada um” e se respeitem minorias e grupos vulneráveis no seu direito de existência e vivência integral (o que implica reconhecer o direito de viver

Essa positivação, em termos institucionais, representa a busca por um desenvolvimento consistente da legislação que não pode prescindir do “sistema de direitos fundamentais reconhecendo esses atores [pessoas LGBTQ+] como sujeitos, como cidadãos”. A jurisdição constitucional em um ambiente de Estado Democrático de Direito deve constituir esse sentido de garantia do devido processo (legislativo e democrático – ainda que este em um espaço ampliado) que fomente “condições institucionais para uma política deliberativa plural e democrática”. Os direitos fundamentais, “enquanto condições de possibilidade da própria [D]emocracia, não estão à disposição da vontade majoritária (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 82), o que impõe o reconhecimento da vedação ao seu retrocesso.

O projeto constitucional¹⁰¹² presente na CRFB/88 e a Democracia Constitucional Brasileira possuem uma “assinatura” que comprova o “caráter sempre a porvir [...] que deve sempre buscar incluir os indivíduos garantindo-lhes liberdade, igualdade e plena participação, pois que estão às margens da Constituição, no nosso projeto comunitário” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 253)

sua sexualidade e manifestar seu modo de vida na esfera do casamento ou união estável). Ao “impor” o reconhecimento do direito às uniões entre pessoas do mesmo sexo juridicamente reconhecidas, está se estabelecendo que a sociedade deve reconhecer “o valor da fraternidade” como atribuição de “deveres fundamentais ao cidadão para solidariamente proporcionar iguais oportunidades para as minorias sociais”, por meio de ações (mas que não se exaurem ou limitam) “feitas através do Estado enquanto emanção da coletividade racionalmente organizada” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 67, 145)

¹⁰¹² A sociedade brasileira testemunha as transformações, o que é acompanhado pelo Direito em alguma medida, a respeito da multiplicidade de funções desempenhadas pela instituição da família como parte do “desenvolvimento político, econômico e cultural”. É inegável que os valores morais “foram redefinidos com o decorrer da história [...] no contexto familiar e, conseqüentemente, na sociedade”. Não é válido restringir a função da família à mera ideia de perpetuação da espécie, “mas na propagação de uma matriz de poder que corrobora, ou não, o desenvolvimento de seus membros na sociedade” e, portanto, “exerce hoje uma função social diversificada”. O sistema jurídico e democrático orientado por “princípios constitucionais, os direitos humanos e fundamentais se veem tutelando a dignidade humana no âmbito moral, emocional e afetivo” e, por essa razão, “se depara com a necessidade de proporcionar aos seus membros condições mínimas para o exercício de direitos” (GOMES, 2019, p. 53-54). A liberdade de cada indivíduo é um aspecto a ser considerado em toda essa questão, como a “[l]iberdade sentimental e de convívio com outrem que combate o sofrimento”. Se o Estado (e a sociedade, por consequência) “impuser determinado sofrimento e modo de vida, aí se tem um Estado antidemocrático, incompatível, pois, com a Constituição de 1988”. A CRFB/88 tutela “a liberdade que cada indivíduo possui para escolher seu modo de vida, aí abrangendo sua vida afetiva”, sendo, portanto, um espaço da intimidade constitucionalmente reconhecida e que se “projeta para o plano político-social, de tal forma a permitir a segurança estatal de não sofrer discriminação ou preconceito” (BAHIA; SILVA, 2017, p. 240). Assim, pode-se estabelecer uma compreensão de liberdade que seja parte do processo de desenvolvimento da pessoa humana, de seu crescimento, e não apenas uma dimensão de pura autodeterminação ilimitada ou autonomia ilimitada, de modo que a concepção de liberdade e igualdade são, de alguma forma e em alguma medida, limitadas e limitáveis. Com isso, considerando-se valores com limitações, ao invés da simples não interferência (que atribui uma dimensão ilimitada à esses valores) igualdade e liberdade podem ocupar um espaço de centralidade nas discussões democráticas. O conceito político é limitado em sua utilização política e com isso, por meio de uma “gramática política”, se permite uma leitura de valores jurídicos-normativos como instrumentos construção do vocabulário político que estabelecem valores (ou uma constelação e valores) o que fortalece ou relativiza discussões, revogações de direitos ou a sacralidade de terminadas instituições (NORVAL, 2007, p. 107 e ss).

A teoria *habermasiana* permite extrair do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo via jurisdição constitucional que a existência de *coimplicância* entre as autonomias pública e privada e entre a Democracia e o constitucionalismo, ao mesmo tempo que reafirma o papel do Judiciário como instância que, além de contramajoritária, também possui responsividade perante as demandas que são ignoradas (e marginalizadas) por maiorias congressuais. Vive-se um momento oportuno para “repensar nossas instituições representativas e o procedimento de seu preenchimento”, mas até que se tenha uma sociedade mais igual e livre, com maturidade para horizontalização da construção democrática e onde a solidariedade se faça presente no debate político, se mostra aceitável que as Cortes, mediante pedido (dos membros) da sociedade, façam valer a Constituição mesmo diante dos demais Poderes e suas omissões inconstitucionais (BAHIA; SILVA, 2017, p. 253).

A ocupação de espaços pelo povo nas esferas públicas, que antes estavam reservados à uma elite ou grupo privilegiado (considerado “melhor” em alguma dimensão) provoca uma reação como protesto (vide a ocorrência de *backlash* quando minorias e grupos vulneráveis alcançam conquistas em espaços democráticos). O movimento de expansão da Democracia é um processo incômodo e que provoca um “ódio” presente na política brasileira, mas também em outros países¹⁰¹³. Uma cólera que alimenta uma retórica de intransigência contra os ventos de mudança¹⁰¹⁴.

Assim, partindo de uma ideia de igualdade material, pode-se afirmar que uma “sociedade não igualitária só pode funcionar graças à uma multitude de relações igualitárias”, não ignorando uma intrínseca relação entre igualdade e desigualdades. Nesse sentido é preciso considerar o lugar da lei no processo de “corrigir ou atenuar a

¹⁰¹³ É inegável identificar que a maioria esmagadora das discussões que questionam (ainda hoje) o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF são motivadas pelo ódio, conservador e reacionário, já que esse direito se estabeleceu, a despeito de toda tentativa de *backlash*, em nosso ordenamento jurídico. O mundo não acabou. O casamento não acabou. Não se legalizou a pedofilia ou práticas similares. A Democracia ganhou apesar de toda o ódio.

¹⁰¹⁴ Como indicado na Parte II com auxílio da teoria de Albert Hirschman que analisa criticamente a construção argumentativa do movimento conservador em face dos avanços progressistas. É preciso pensar em uma participação cidadã real, sob pena de se ter uma democracia que representa, na prática e em resumo, “uma oligarquia que dá à democracia [aqui no sentido de participação popular] espaço suficiente para alimentar sua paixão”, mas que por força de “espíritos melancólicos” tem as suas paixões desviadas por meio do “governo pacífico da oligarquia” que direciona tais paixões (que deveriam ser exercitadas no espaço político e, portanto, público) “para os prazeres privados e as torna insensíveis ao bem comum” (RANCIÈRE, 2014, p. 95).

desigualdade”, na medida em que só funciona se houver uma igualdade que auxilie e contradiga as diferenças (RANCIÈRE, 2014, p. 65)¹⁰¹⁵.

Reforçando a possibilidade de ser benéfica para a Democracia, vale a lição de Souza, para quem o ativismo judicial brasileiro surge como reflexo do crescimento intelectual da população e pela superação (com a CRFB/88) do modelo autoritário de governo. O texto da CRFB/88 apresenta instrumentos que permitem o exercício de mecanismos processuais que promovam a eficácia dos princípios constitucionais, o que ao mesmo tempo em que atribui ao Poder Judiciário seu exercício, também só ocorre mediante uma “mobilização popular e cidadania juridicamente participativa” (SOUZA, 2019, p. 124)¹⁰¹⁶.

Trata-se de perceber que a mediação dos poderes constituídos se legitima quando não invisibiliza a construção de significados com a participação social como um processo presente na dialética histórica de luta por emancipação e inclusão das minorias. Nesse sentido, é possível encontrar em Castoriadis que a organização jurídica possui uma dimensão de existência que compõe uma continuidade histórica, que nem pode ser tomada como livre de manipulações, mas também não é totalmente determinada. Esse “conjunto de fatores históricos” contínuos “fixa no imaginário social a existência de uma objetividade no direito ferramenta simbólica da racionalidade de

¹⁰¹⁵ Para o autor, assim, “[a] sociedade igualitária só pode funcionar graças à uma multitude de relações igualitárias. É esse intrincamento de igualdade com desigualdades que o escândalo democrático manifesta para fazer dele o próprio fundamento do poder comum. Não é só, como se diz de bom grado, que a igualdade da lei existe para corrigir ou atenuar a desigualdade de natureza se exerce. É que a própria ‘natureza’ se desdobra, a desigualdade de natureza se exerce apenas pressupondo uma igualdade de natureza que a auxilie e contradiga: impossível, a não ser que os alunos compreendam os professores e os ignorantes obedecem os sábios” (2014, p. 65). Nesse sentido, vale ainda a lição de Norbert Elias que afirma que a condição humana confere direitos que não podem ser negados pelo Estado e que o estágio atual da sociedade contemporânea ainda é inicial no que se refere aos direitos humanos (não sua integração como estabelecimento de sentido). Nesse sentido, afirma o autor, “a liberdade de não usar nem ameaçar o uso da violência” deve receber mais atenção como um direito que se afirma “a favor do indivíduo, em nome da humanidade” (1994, p. 189-190). Logo, qualquer violência, incluindo as violências institucionais (como o *backlash* conservador-reacionário pode incorrer), deve ser questionada e rechaçada por uma sociedade civilizada.

¹⁰¹⁶ Acompanhando as análises de Alexandre Bahia e Diogo Bacha e Silva, a preocupação quanto à posituação do reconhecimento da constitucionalidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo (do que decorreu, anos mais tarde, no reconhecimento do casamento homoafetivo pelo CNJ e STJ) é seu papel de “contributo histórico para a reconciliação entre teoria e práxis do Direito Constitucional”, pois mesmo que a decisão esteja se referindo a “determinadas minorias políticas, em determinado contexto histórico e em determinada região político-geográfica” não se pode negar que se procedeu com um rompimento de paradigmas científicos (no sentido que lhe atribui Thomas Kunn) para que seja possível “a construção de um novo sentido para a ciência e para a sociedade”. Trata-se de uma possibilidade de reconstrução da “teoria através da práxis e a práxis através da teoria, de forma cooriginária”. O horizonte de uma resposta (dentro da perspectiva *gadameriana* da hermenêutica filosófica) sobre como as decisões como a em destaque por parte da Corte Constitucional contribui para que se construa um Estado Democrático de Direito e para a efetividade dos direitos humano-fundamentais, bem como em que ela contribui para uma “práxis jurídica mais comprometida com os excluídos do projeto político-democrático” (2017, p. 232).

uma comunidade” (CASTORIADIS, 1982), razão pela qual é possível entender o movimento dos grupos minoritários em transpor para a gramática jurídica demandas de conteúdo político. Não como forma de minar a participação política, mas ampliá-la, como se tem feito em todos os momentos históricos em que uma ruptura do status quo foi necessário para aperfeiçoar a Democracia.

Ainda que o sistema jurídico brasileiro tenha fortes e inegáveis influências *kelsenianas*¹⁰¹⁷, é perfeitamente claro o estabelecimento pela CRFB/88 de valores e preocupações éticas da comunidade política consubstanciadas em direitos constitucionais fundamentais, inaugurando a Constituição “um novo conjunto de preocupações éticas”. Não se pode perder de vista que a adoção de uma “ordem jurídica constitucional visa, mais que tudo, alcançar a plenitude do convívio social pacífico”. Logo, os efeitos a serem produzidos pelas normas jurídicas devem produzir “efeitos práticos sobre o comportamento e a conduta das pessoas, das sociedades, das organizações”, entre outros, e com a orientação de “efetivamente causarem repercussões sobre a ética da população, a moral social e a consciência de uma sociedade”¹⁰¹⁸ (BITTAR, 2006, p. 216). A Constituição não pode ter seu significado apenas determinado por especialistas, mas ser encarado como um processo aberto de aprendizagem social¹⁰¹⁹. É necessário, portanto, que se desenvolva um debate que

¹⁰¹⁷ Rotondano aponta que a perspectiva de interpretação restritiva da legislação (como característica elaborada por Hans Kelsen para o sistema jurídico-positivo) foi usada como instrumento da burguesia para que o Estado se fechasse aos interesses sociais emergentes. Assim, entende o autor, a classe política conservadora exalta a legislação escrita, evocando a interpretação restritiva da lei e exaltando a legislação escrita de modo a defender a literalidade do texto como forma de impedir a incorporação de avanços que não lhes são interessantes (2015, p. 31).

¹⁰¹⁸ Aqui vale a ressalva de não se trata de impor valores ou comportamentos no sentido de tolher o direito de liberdade das pessoas, ou mesmo o direito de sustentar um dissenso abstrato sobre algum tema, pois isso incorreria em “uma forma de perfeccionismo ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar indivíduos adequados. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido” (BARROSO, 2011b, p. 125). Logo, a liberdade de pensamento ou de crença não pode ser subtraída com uma imposição de vontade, mas, todavia, esse direito de “não concordar” não pode impedir que outra pessoa ou grupo igualmente tenha o direito de exercer sua liberdade, como a liberdade de constituição familiar apenas por uma discriminação por orientação afetivo-sexual. Ainda que pareça uma relação tensa, um ambiente verdadeiramente democrático garante o exercício das liberdades, sem diminuição da cidadania e fruição de direitos materiais.

¹⁰¹⁹ A mediação das arenas institucionais (os poderes estatais), nessa perspectiva, apenas permite a produção de apresentação de argumentos, de momentos de diálogo racional e com isso, “os atores não formais da esfera pública – os cidadãos, os profissionais do direito, os acadêmicos – são legítimos intérpretes da Constituição”, o uso das arenas estratégicas não esvazia o político, mas valoriza o sentido político da Constituição em outras arenas e em outras esferas. A sociedade aberta dos intérpretes, como proposto por Häberle (2002) é composta por “poderes e órgãos estatais, bem como os cidadãos e grupos da sociedade civil organizada”, visto que todos “estão envolvidos no processo de interpretação constitucional, que não pode ser atribuído a um único órgão do Estado” (ISRAEL, 2014, p. 61). Pinto Coelho e Assis destacam, assim, que o Estado Democrático de Direito brasileiro é mais do que a soma

alcance um “ponto de equilíbrio” que impeça uma “tirania da maioria”, mas que permita uma melhora institucional da participação popular nas decisões constitucionais (VIEIRA *et al.*, 2018, p. 279).

12.3. Democracia constitucionalmente mediada: coerência e integridade do sistema e (ir)revogabilidade dos avanços democráticos

De pronto, é preciso estabelecer que “o discurso constitucional contemporâneo se afirma pela inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na sua base” (CHUERI, 2006, p. 161). Sob tais debates, Lênio Streck observa que a utilização da jurisdição constitucional, para realizar direitos fundamentais pode ser benéfica para a Democracia, desde que não se substitua a discricionariedade dos agentes públicos eleitos pela discricionariedade dos magistrados, visto que estes últimos não estão autorizados a interpretar discricionariamente, mas decidir segundo as leis (2011, p. 147 e ss). Além disso, parece suficientemente claro que a Democracia já se firma como elemento de limitação de poderes, assim como a liberdade e a igualdade. A igualdade, a propósito, é um paradoxo: é um princípio da comunidade política, mas seu reconhecimento é o que mantém a desigualdade (como todos são iguais entre eles, ou seja, a igualdade de inteligências, todos têm em princípio os mesmos atributos, logo as mesmas oportunidades de participar da decisão pública), e isso pode querer legitimar a existência de relações de poder e autoridade (RANCIÈRE, 2014, p. 60-65).

Bahia e Silva apresentam uma síntese da proposição *habermasiana*, com respaldo nas lições de Jiménez Redondo (1998), a respeito da existência dos direitos (i)

dos conceitos “Estado Democrático” e “Estado de Direito”, posto ser uma “conjugação desses dois modelos” acrescidos de “um componente de transformação do *status quo*: a busca por construção de uma efetividade democraticamente articulada dos direitos fundamentais”. Por força dessa conjugação, a dignidade humana assume a função de ser um princípio estruturante do ordenamento jurídico, objetivando “a superação das desigualdades e a instauração de uma democracia realmente capaz de dirigir-se à efetivação da justiça social”. Estabelece-se, com os autores, que o Estado brasileiro atual, inaugurado com a CRFB/88, assume (com previsão nas normas jurídico-constitucionais) como finalidade conceitual e discursiva a dignidade da pessoa humana como valor a ser protegido e promovido, conjugando princípio democrático e os direitos humano-fundamentais (2017, p. 544). Alexandre Bahia e Diogo Bacha e Silva acompanham a lógica do *living Constitution*, ou seja, da Constituição viva, já que ela está em constante movimento. Este é um atributo que torna o papel da Constituição no Estado Democrático de Direito. A Constituição, por intermédio de seus guardiões e intérpretes institucionais e não institucionais (uma vez que, na Democracia Constitucional, se vive uma sociedade aberta de intérpretes), deve apresentar respostas aos problemas que, continuamente, lhe são postos – o que inclui a inclusão (contínua) de sujeitos à margem do Direito no processo constituinte permanente e aberto para que eles possam se emancipar. Nesse sentido, o reconhecimento de direitos fundamentais é uma produção de emancipação de sujeitos, e a consolidação da democracia é o meio que possibilita o processo de luta e emancipação (BAHIA; SILVA, 2017, p. 246-249). Essa perspectiva da Constituição como algo aberto para estabelecimento de seus significados faz mais sentido no contexto da Democracia substancial, pois permite a construção de valores de forma dinâmica.

individuais de liberdade; (ii) de pertença à uma comunidade jurídica; (iii) concernentes à acionabilidade jurídica dos demais direitos; (iv) direitos políticos; e (v) direitos sociais. Com Cattoni de Oliveira (2016), os autores entendem que a Constituição em um Estado Democrático de Direito “realiza umnexo interno” de mútua implicação entre Constituição e Democracia, entre direitos fundamentais e soberania popular e entre as autonomias públicas e privadas. Com Habermas (2002) e sua proposta de *inclusão do outro*, os autores destacam que os cidadãos precisam ser independentes o suficiente (tendo sua autonomia privada equanimemente assegurada) para que façam uso adequado de sua autonomia pública, bem como apenas com o uso adequado da autonomia política, enquanto cidadãos, é que se faz factível alcançar uma regulamentação com possibilidade de consenso (BAHIA; SILVA, 2017, p. 246-249)¹⁰²⁰.

A mediação da participação popular é necessária e negar a necessidade de mediação por parte dos poderes constituídos é construir uma proposta inexecutável. Castoriadis destaca que “[a] sociedade se depara constantemente com o fato de que um sistema simbólico qualquer deve ser manejado com coerência”, de modo que implica uma série de consequências que podem ter sido desejadas ou mesmo conhecidas dependendo de qual coerente um determinado sistema é ou não (CASTORIADIS, 1982, p. 148)¹⁰²¹.

No contexto brasileiro, o *Projeto de lei do Estatuto da Família (Projeto de Lei 6.583/13)* configura uma ameaça de *backlash* na dimensão em que retira da união

¹⁰²⁰ É possível argumentar que se a legitimidade democrática está relacionada com a preocupação com os procedimentos de tomadas de decisão sobre escolhas políticas, que as Cortes e Tribunais Constitucionais não detém o dever de tais escolhas, sendo esse mister dos órgãos eleitos (dentro de uma visão de instâncias e procedimentos decisórios institucionalizados), todavia, é possível defender que as Cortes e Tribunais Constitucionais ocupam essa titularidade subsidiária ou residual, considerando o arcabouço jurídico-constitucional (com princípios constitucionais inclusive) e, ainda, com argumentos de razão pública. O STF, assim como as demais Cortes constitucionais, pode oferecer uma decisão amparada com argumentos racionais, jurídicos e políticos e apresentar um consenso (a partir do Direito) onde a sociedade poderia (des)considerar em uma nova rodada de discussões jurídico-políticas, mas já partindo de um consenso institucionalizado e que oferecesse alguma dimensão de estabilidade democrática. O consenso provisório estabelecido pela jurisdição constitucional é, na lógica da democracia constitucional crítica e popular, objeto de discussões fundamentadas a partir dos flancos demarcados na decisão.

¹⁰²¹ Castoriadis, ao discorrer sobre tudo a racionalidade não conhecida ou não desejada das instituições e suas contribuições para a construção de uma identidade social: “Considerado agora ‘em si próprio’, o racional das instituições não conhecido e não desejado pode ajudar o funcional; e também ser-lhe adverso. [...] Certamente, existem regras institucionais positivas, que não contradizem as outras, mas que também delas não decorrem e são estabelecidas sem que possamos dizer que foram preferidas a outras igualmente compatíveis com sistema. Mas existe sobretudo um grande número de consequências lógicas das regras estabelecidas as quais não foram explicitadas no início e que não deixa de representar um papel na vida social. Elas contribuem para ‘formar’ esta de um modo que não era exigido pela funcionalidade das regras sociais, que também não a contradiz, mas que pode levar a sociedade a uma das várias direções que a funcionalidade deixava indeterminadas ou criar efeitos que agem de volta sobre esta” (CASTORIADIS, 1982, p. 150)

formada por casais do mesmo sexo o status de *família*¹⁰²². Assim, posto que cumprindo com as condições e requisitos de um casal heterossexual, os casais homossexuais não seriam considerados para fins de política pública ou pela proteção constitucional presente no Artigo 226 da CRFB/88. Por conta desse risco, é preciso grifar a importância das defesas jurídicas nesse sentido. Como a segurança jurídica deve operar mesmo diante de reflexos políticos e econômicos, Santana argumenta, com respaldo em Barroso (2001), que o princípio da proibição do retrocesso estabelece no sistema jurídico que determinado direito, uma vez incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania, não pode ser absolutamente suprimido (SANTANA, 2015, p. 33).

O retrocesso do direito de constituir livremente uma família apenas poderia ocorrer, sem prejuízo ao princípio da igualdade, se revogasse o direito ao casamento para qualquer indivíduo, como aventado em análise teórica estrangeira¹⁰²³. O Governo soberano de um determinado país poderia fazê-lo, teoricamente. A questão é se haveria legitimidade democrática e constitucional nessa medida, uma vez que o nivelamento descendente (o de privação de direito) se daria para privar que um grupo, anteriormente excluído há muito tempo, fruisse de um benefício historicamente negado. Na história jurisprudencial estadunidense, o caso *Romer v. Evans* evidenciou que não constitui interesse governamental legítimo o desejo de prejudicar um grupo politicamente impopular, princípio esse que se aplica à legislação no que se refere aos homossexuais. Karlan destaca que à luz de uma análise constitucional, se um Estado abolisse o casamento com intuito de negar aos casais do mesmo sexo a dignidade e a aprovação pública que o acesso ao casamento civil conferia, esse motivo seria inadmissível (KARLAN, 2010, p. 701-702).

É relevante destacar as contribuições de Alessandra Prezepiorski Lemos (2016) sobre a advocacia de direitos humanos como forma de usar o *backlash* de forma positiva

¹⁰²² O projeto de lei, a despeito de não se referir diretamente a casamento ou união estável, retroage no que se refere ao conceito de família (reconhecendo apenas o arranjo formado por pares heterossexuais). Além disso, há uma violência velada e ideológica com a proposta curricular da disciplina “Educação para Família” que, no contexto da lei, serviria com o propósito de estabelecer no contexto escolar (e reforçar uma educação conservadora) seguindo uma orientação de que os arranjos familiares não heterossexuais seriam “errados”.

¹⁰²³ Nesse sentido, é válido mencionar a discussão sobre a legitimidade de se *Let's Call the Whole Thing Off: Can States Abolish the Institution of Marriage* [?] (em tradução livre: “Vamos anular tudo: os Estados podem abolir a instituição do casamento?”) de Pamela S. Karlan (2010) que apresenta um contraponto ao artigo da Profa. Martha C. Nussbaum (2010), *A Right to Marry?* (“Um Direito de Casar?”, em tradução livre). Karlan analisa a constitucionalidade de, hipoteticamente, o Estado poder revogar o direito ao casamento como uma forma de impedir o reconhecimento (e a manutenção) do casamento entre pessoas do mesmo sexo sem ferir, tecnicamente, o direito à igualdade, uma vez que estaria “nivelando por baixo” e tratando todos (hétero e homossexuais) da mesma forma (o que se daria pelo “não direito”).

no jogo democrático e na tensão entre Constitucionalismo e Democracia. A autora, embora reconhecendo a construção da teoria *backlash* (como hipótese e/ou narrativa), aponta a necessidade de destacar suas limitações: (i) essa construção teórica parece enxergar advogados e movimentos sociais como atores sociais ingênuos, atores esses que depositam toda a sua fé e esperanças nas Cortes.

É válido, todavia, destacar que esses atores operam em diferentes frentes sociais, culturais, parlamentares e econômicas, por exemplo. A esfera judicial é “uma das frentes em que se travam batalhas para a efetivação de mudanças sociais”, e seu uso é extremamente estratégico; (ii) existem potenciais consequências negativas de decisões judiciais progressistas, mas é necessário observar os “grandes avanços a causa encampada pelo movimento social que visou beneficiar”; (iii) a alegação de que a tomada de decisão por outros meios (lei, referendo, plebiscito) evitaria a materialização do *backlash* não é isenta de críticas, pois nada impede que setores da sociedade se manifestem contra produções legislativas ou “chanceladas” por uma votação¹⁰²⁴; (iv) acreditar que o fator tempo (ou seja, que as minorias deveriam esperar o amadurecimento da sociedade para decidir sobre determinadas pautas) é acreditar em um devir inevitável de sociedade naturalmente orientada para ser melhor e progressista, o que é uma visão extremamente romantizada (LEMOS, 2016, p. 66).

Lemos aponta para a estratégia do *dual track advocacy*¹⁰²⁵ na judicialização da demanda do casamento homoafetivo nos EUA (que também agrega ao debate no cenário brasileiro). Os movimentos sociais atuam pela mudança na política, nas leituras de mundo e na criação de novas demandas legais. Disso resulta uma construção discursiva do Direito por meio do processo judicial e das relações entre Direito e mudanças sociais. Como colocado por Lemos, os movimentos sociais passaram a adotar o código de linguagem do discurso jurídico, técnico e tradicional de forma a “traduzir” suas pautas em um formato mais adequado aos atores políticos importantes. A atuação jurídica em prol dos movimentos se faz como estratégia sofisticada em um campo extremamente complexo. Vale o destaque de que a litigância em prol dos direitos de minorias e grupos vulneráveis – como é o caso da luta pelo direito ao reconhecimento

¹⁰²⁴ Na Parte I da presente tese está mencionado o exemplo de uma lei nos EUA que sofreu *backlash* por prever direitos para pessoas com deficiência. No Brasil o Estatuto do Desarmamento foi objeto de plebiscito e nem por isso restou isento de críticas sociais.

¹⁰²⁵ Segundo as explicações desenvolvidas por Lemos, a *dual track advocacy* “é uma litigância que se preocupa não apenas com as questões legais dos pedidos judiciais de reconhecimento do direito ao casamento homoafetivo, mas também com as questões políticas que circundam as ações judiciais que demandam este direito” (2016, p. 69).

da união homoafetiva – ocorre de forma multidimensional, sendo a busca judicial uma das atuações e a menos óbvia ao contrário do que a narrativa do *backlash* parece sugerir (LEMOS, 2016, p. 67-68)¹⁰²⁶.

Resgatando o exemplo das Bermudas, o Supremo Tribunal daquele território já sedimentou que a Constituição do país criou um judiciário independente e baseado na separação dos poderes. Entretanto, o mesmo Tribunal no caso *Center for Justice*, ao ser questionado sobre o referendo a respeito das uniões (parcerias civis e casamento) entre pessoas do mesmo sexo ser feito em seis igrejas (como assembleias de voto) por uma organização manifestamente religiosa e que se opunha às uniões homoafetivas, não entendeu que haveria alguma inconstitucionalidade nisso. A Corte manifestou-se em termos gerais que seria legítimo proceder com referendos para se construírem políticas de direitos humanos e que a crença convencionada de não se usar referendos para conduzir reformas no campo dos direitos humanos não era uma ideia absoluta. Tal postura se mostra preocupante, pois potencializa uma ideia de que os Governos possam apresentar legislações que reduzam direitos e usar referendos como argumento de justificação ou motivação para a violação dos direitos humanos¹⁰²⁷.

Esse entendimento da Suprema Corte das Bermudas também foi contraditório e desconexo por duas questões: ao tempo em que (i) reconhece ter jurisdição para supervisionar a legalidade de um referendo e que o Governo poderia convocar um referendo que tenha como condão limitar ou extinguir direitos previstos no *Human Rights Act*, a Corte igualmente afirma que (ii) os direitos fundamentais não poderiam

¹⁰²⁶ Lemos ainda destaca que a resistência de setores da sociedade poderia muito mais ser classificado como um *lashing* (ou seja, a continuidade talvez acrescida de intensidade/visibilidade) da resistência que já existe antes de qualquer decisão judicial, do que seria um *backlash* como reação surgida dessas decisões. Além disso, o movimento identitário não tem controle sobre a judicialização das causas, sendo um exemplo o casamento homoafetivo, e no caso brasileiro o reconhecimento da união estável, que surgiu como uma discussão promovida por casais que buscavam seus interesses individuais e não uma estratégia necessariamente organizada pelo movimento. Os movimentos sociais e a advocacia especializada (que no caso brasileiro possui um viés fortemente acadêmico) atuam como *amicus curiae*, qualificando juridicamente e politicamente o debate (2016, p. 69).

¹⁰²⁷ É preocupante essa ideia de que a opinião hostil e contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo por parte do povo bermudense possa ser argumento teoricamente legítimo para que o Governo responda nesse sentido e chancela uma mudança de retrocesso. Mesmo sendo a opinião majoritária em um referendo no sentido de se posicionar contrariamente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a interpretação dos direitos humano-fundamentais deve ser feita não à luz da vontade das comunidades domésticas, mas de compromissos superiores estabelecidos pela, e com a, comunidade internacional (JOHNSON, 2018, p. 24). Zagrebelsky indica desconfiança sobre como as elites e oligarquias detentoras do poder podem influenciar as multidões para que sejam instrumento de sua vontade, destacando (em alusão aos homens do Sinédrio) que o grito, durante a crucificação de Cristo representava o “paradigma da massa que pode ser manobrada”. O autor aponta que o “Estado” naquele momento representa(va) o paradigma daqueles que “vacilam entre a clemência para manipular o povo e a força para dobrá-lo aos próprios fins” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 119). Eis a importância em pensar nos limites da atuação popular, compreendendo que não se pode permitir que “democraticamente” se crucifique a Democracia.

ser diluídos ou negociados por parte do eleitorado bermudense. A decisão contradiz a tendência do Reino Unido e da União Europeia de que os direitos crescem acompanhando o crescimento da sociedade, interpretando-se os direitos à luz das condições atuais para desenvolvê-los (JOHNSON, 2018, p. 23-24).

Apontado não raras vezes como a expressão máxima do princípio democrático, o Poder Constituinte Originário, porquanto o povo que titulariza esse poder, se encontra presente na CRFB/88, Artigo 1º, concebendo no texto constitucional sua presença como parte dos valores mais intrínsecos que formam a identidade constitucional brasileira¹⁰²⁸. Trata-se de um poder “inicial, incondicionado e a priori autônomo e ilimitado”, e sob tal ótica, “a pluralidade sempre foi uma característica inerente à comunidade política brasileira”. A CRFB/88 confirma essa questão, reconhecendo em seu discurso constitucional, ecoando também no cenário internacional, como se faz registro no preâmbulo, quando afirma “que os valores supremos ali consagrados são pertencentes a uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (SOUZA, 2010, p. 01)¹⁰²⁹.

Souza pontua que o Estado Democrático de Direito, e sua realização, é pautado em direitos fundamentais, frutos de uma “consciência jurídica de determinada comunidade política” que se direciona para, sobretudo, concretizar a ideia de justiça. Por essa razão, não se pode conceber que os valores consagrados de um Estado Democrático de Direito possam não guardar relações sociológicas, políticas, éticas, entre outros, com esse anseio de justiça (que é uma ideia de concretização de um Estado

¹⁰²⁸ As relações entre *Poder Constituinte Originário* e a *criação de uma Constituição* são amplamente apontados pela teoria política e constitucional. Ferreira e Rocha colacionam, por exemplo, a visão de Michel Temer (2002) que entende o poder constituinte como a manifestação soberana da vontade que faz nascer um vínculo social, atribuindo que essa vontade pode ser de um ou alguns indivíduos com capacidade para tanto (destaca-se que é um posicionamento genérico, visto que a legitimidade democrática do Poder Constituinte está na comunidade política e não na titularidade de um ou poucos). Ferreira Filho (2001), vê nesse poder as características de constituição, criação, positivação das normas jurídicas de valor constitucional. Na perspectiva de Manuel Gonçalves (2001) a ideia de Poder Constituinte surge ao mesmo tempo em que a de Constituição escrita, tendendo que esta é resultado de um poder distinto daqueles que constitui (ou estabelece), sendo o Poder Constituinte fonte da constituição e, dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Em Paulo Bonavides (2000) se encontra a preocupação do esclarecimento de não se confundirem Poder Constituinte e teoria sobre esse poder, visto que enquanto o Poder Constituinte sempre existiu em todas as comunidades políticas desde tempos remotos, a teoria sobre esse poder apenas se desenvolveu (nos moldes que compreende-se hoje) meados do século XVIII, com as contribuições das teorias contratualistas, iluminismo, etc. Por fim, Ferreira e Rocha apontam as reflexões de Bidart Campos (1969), que compõe um grupo de teóricos preocupados em estabelecer o Poder Constituinte como competência/capacidade/energia (o aspecto do *Poder*) para cumprimento de um fim que é a constituição de um novo Estado e sua organização (aspecto *Constituinte*), e de Saldanha (1986) que se debruça sobre as discussões da *titularidade* desse poder, buscando entender qual entidade política pode arregar-se esse poder/faculdade de conferir uma Constituição para uma nação (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 84).

¹⁰²⁹ Canotilho com muita propriedade registra que o poder constituinte “é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como vontade do povo” (2006).

Democrático de Direito). Em razão disso, valores originários (mesmo no momento constituinte e de formação de uma Constituição jurídico-política) “representam um reflexo da vontade do povo positivados em certo discurso constitucional”¹⁰³⁰. Extrai-se das reflexões de Canotilho (2003) que a globalização resultou em assimilar princípios do direito internacional (como autodeterminação e observância dos direitos humanos) como limitações para a nova ordem jurídica que se inicia¹⁰³¹. Souza destaca, todavia, que a evolução social impõe a possibilidade de mudança no (e do) texto constitucional que “podem vir a comprometer aquela estrutura inicial pensada pelo legislador originário” (SOUZA, 2010, p. 03). Essa possibilidade legítima, por exemplo, o reconhecimento das uniões homoafetivas que não foram consideradas prioridades quando da promulgação da CRFB/88.

Souza traz as considerações de Norberto Bobbio (1999) sobre Poder Constituinte originário apontando que, para o autor, trata-se da *fonte das fontes*, pois é a partir desse poder que se fundamenta a existência de um *novo ordenamento jurídico* e elemento imprescindível para estabelecer uma *unidade*, relevando-se assim uma concepção normativa de Poder Constituinte por identificá-lo como “principal fonte produtiva de normas”. Todavia, com base em Bercovici (2008), Souza destaca que a teoria também possui uma visão necessária sobre a legitimidade do poder, visto que a soberania popular se torna o fundamento para que uma determinada Constituição seja promulgada e não o seu contrário (SOUZA, 2010, p. 02)¹⁰³².

¹⁰³⁰ Considerando esse processo de escolha de valores e limitações, Souza extrai das lições de Jorge Miranda (2007), para pensar em limitações do ordenamento jurídico, que o Direito é uma ideia, um valor e um projeto assumido pela comunidade antes de se tornar lei, de modo que a determinação de valores estabelecidos pela sociedade não pode, por se constituírem como identidade jurídico-política desse povo, ser abandonados ou modificados pelo legislador derivado (SOUZA, 2010, p. 03). Considerando que uma Constituição modela um sistema político, como sua primeira função, não está limitada a qualquer tipo de poder que existisse antes dela (salvo, obviamente o Poder Constituinte como um poder pré-existente e que lhe dá existência, forma e legitimidade), ou o constitucionalismo teria sido suficientemente válido para limitar o poder das monarquias absolutistas, bem como não são capazes de impor restrições em governos autocráticos. O conceito moderno de constitucionalismo se encontra, desde seu surgimento, vinculado de forma inseparável da ideia de soberania popular – estabelece-se o poder absoluto do povo por meio de um (auto)governo. Nesse sentido, a concepção de Constituições na modernidade se faz com idêntica proposta ao poder constituinte do povo, representando uma transição de soberania atribuída ao território para a soberania atribuída ao povo – de modo específico ocorre uma mudança do controle abrangente e exclusivo da “comunidade negativa” para um sistema de autogoverno popular (PREUSS, 2010, p. 37).

¹⁰³¹ A partir dessas reflexões, Souza indaga, de forma pontual, que valores originários consagrados pela sociedade brasileira se encontram presentes no atual discurso constitucional que se manteria diante de uma nova ordem, também aponta a necessidade de relacionar esses valores com a natural evolução social axiológica nesse tipo de movimento, chegando a questionar se seria possível pensar em alguma pretensão de constituição imutável (2010, p. 03).

¹⁰³² É válido apontar que Alexandre Negri também reforça que o poder constituinte não se encontra analisado apenas limitado a “fonte onipotente e expansiva” produtora de normas constitucional e a partir

A compreensão sobre a extensão das Constituições importa a ideia que não está vinculada ao conceito de Estado territorialmente limitado como um aspecto intrínseco. Há uma compreensão que de que as Constituições modernas apresentam uma alternativa de regra diversa dos sistemas absolutivos de dominação que se baseavam em território como aspecto de soberania. As Constituições modernas conectam a ideia de soberania com o autogoverno coletivo de um povo – o que não significa que o aspecto territorial tenha sido completamente rompido, ressalta-se, pois o autogoverno se encontra limitado em e por territórios de um Estado. Preuss destaca que essa migração de soberania metamorfoseia uma multidão em uma *nação* ou um *povo* (reconhecidos como uma unidade corporativa da multidão), demandando mais uma coerência e continuidade do poder constituinte do poder do próprio povo que uma coerência e continuidade do território (PREUSS, 2010, p. 37).

Extraí-se de Ferreira e Rocha que as teorias desenvolvidas no Brasil não parecem encontrar eco similar às preocupações de Preuss (2010) ou mesmo de Seydès (que também entende nação como titular do poder constituinte e a ideia de povo como uma comunidade de indivíduos que se ligam por cultura ou etnia, sem um objetivo político unificador), visto que, por exemplo, em Paulo Bonavides (1998) se encontra uma preocupação sobre soberania que não tem como ponto relevante se a titularização desse poder está com “nação” ou “povo”, mas na percepção de que este(s) titular(es) esteja sujeito ao Estado, visto que o *poder constituinte* para o autor tem um sentido político cuja função é fazer povo ou nação, na condição de governados pelo Estado, seja sujeitos da soberania.

A titularidade do povo se exerce por meio da representação política que, para Jorge Miranda (2007), é o meio de tornar o povo (o conjunto de governados) como parte do exercício de poder realizado pelos indivíduos escolhidos pela comunidade ou que recebam dela sua confiança. Essa visão (representativa) não tem amparo na clássica leitura de Rousseau que teorizou a soberania popular entendendo essa como “irrepresentável”, entendendo que a representação nega a vontade, para o filósofo, não há meio-termo, sendo a soberania um poder exercido apenas e diretamente pelo povo¹⁰³³. O Poder Constituinte se estabelece, na doutrina e construção teórica como

dele todos os ordenamentos jurídicos. Segundo Negri, as análises passa(ra)m a considerar “o sujeito desta produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva” (2002, p. 07).

¹⁰³³ É o que Ferreira Filho sintetiza como sendo uma “opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto, o Poder Constituinte é do povo” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 30).

poder político “de elaborar a base jurídica de um Estado, fazendo-o surgir [...] provendo um novo Estado, criando a Lei Fundamental, atribuindo-lhe validade e constituindo o marco inicial do ordenamento jurídico, sendo o povo titular deste poder” (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 84-85).

Sobre a ideia de que poder constituinte não se encontra subordinado a nenhum outro, como poder ilimitado e autônomo (visto inexistirem limites jurídicos), bem como incondicionado por não possuir estabelecimento anterior para controlar ou condicionar sua manifestação, Canotilho aponta que o “poder constituinte era considerado como um poder autônomo, incondicionado e livre”, de modo que, para o autor, “o poder constituinte concebiam-se como um poder juridicamente desvinculado, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, social e jurídico” (CANOTILHO: 2003, p. 82).

Como um contraponto, o próprio Canotilho destaca que o “poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural” (CANOTILHO: 2003, p. 82); nesse sentido, Souza ecoa tal reflexão de que esse poder não é “soberano no absoluto”, sendo possível assim reconhecer a existência de limitações materiais de forma a relativizar as características que lhe foram atribuídas (especialmente na teoria de Sieyès). Souza reforça também a leitura que esse poder se mantém em estado de latência, “pois, a partir do instante em que a axiologia de uma dada comunidade se modifica, é possível ser instaurada uma nova ordem constitucional” (SOUZA, 2010, p. 03)¹⁰³⁴.

A ideia em Sieyès (contextualizada no ambiente da Revolução Francesa e, com isso, a ideia de nação exclui a nobreza como uma casta privilegiada e separada) se estabeleceu como uma proposta de enxergar a nação como algo mais estável do que a ideia de povo. Para Sieyès, povo representava uma mera coletividade, uma reunião ou conjunto de pessoas sujeitas a um poder superior, enquanto nação representaria de

¹⁰³⁴ O exercício do Poder Constituinte Originário assim é realizado: (i) em sua forma histórica, tratando-se da primeira Constituição de um Estado e exercício desse que funda uma comunidade política; e (ii) em sua forma de ruptura, quando é exercido para romper com a ordem jurídica anteriormente estabelecida e criando-se uma Constituição, configurando-se uma ruptura completa. Essa teoria clássica, advertem Ferreira e Rocha, é usualmente levantada para legitimar um certo modelo de “liberalismo” e “democracia” que “pode por vezes ser aplicada de maneira autoritária ou mesmo antiliberal”, visto que tal teoria estabelece “autoritariamente é que o poder se equipara a lei” (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 80). A teoria do Poder Constituinte Originário foi desenvolvida por Sieyès e este recebeu forte influência da teoria de Rousseau, ambos divergindo, entretanto, na visão quanto a participação: a visão rousseauiana advoga pela participação popular direta, de modo que os próprios cidadãos exerçam seu poder, enquanto a visão de Sieyès desenvolve sua teoria de forma oposta favorecendo uma visão de democracia representativa, por entender que os representantes da nação são os sujeitos aptos para traduzir a vontade política. Lisowski (2013) enxerga nas contribuições de Sieyès uma conceituação jurídica nova no sentido em que esse pensador atribui para a *nação* essa titularidade do Poder Constituinte “identificando como base de um elemento da democracia o poder dado aos membros da comunidade política para a criação de Constituição” (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 80-81).

forma estável, uma comunidade permanente. Além disso, atribui-se grande relevância em sua teoria por estabelecer a distinção entre Poder Constituinte, como a origem de todo poder, não criado e sim criador da nova ordem jurídico-política¹⁰³⁵ e delimitador dos Poderes Constituídos, estes posteriores ao Poder Constituinte que, por serem por ele criados e limitados, estão, portanto, sob sua subordinação (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 81-82).

Há um aspecto distintivo e necessário quando se pensa no exercício do Poder Constituinte, ainda que a tradição e as narrativas históricas assumam esse aspecto como trivial. Preuss destaca que o exercício desse poder não se realiza com a proclamação de uma ordem oriunda de uma Assembleia qualquer, devendo carregar em si uma autoridade intrínseca, sob pena de tal ordem não passar de uma mera emissão de opinião, ainda que emanada de pessoas dotadas de poder e capacidade de cumprimento coercitivo. A ideia de autoridade legítima, ou seja, dotada de um status institucional é que possibilita a aceitação, visto que tal status se institucionalizou por meio de regras constituídas previamente. Preuss, nesse sentido, defende que o poder constituinte do povo como fonte da Constituição não pode ser entendido apenas como um fato empírico, mas demanda a compreensão que é um poder que existe como um fenômeno institucional – se estabelecendo (esse poder) como autor final da Constituição. O estabelecimento de uma Constituição é um ato de “autoatribuição coletiva” de modo que a comunidade política elege os interesses compartilhados por todos os membros e é essa definição de valores comuns que define a existência desse grupo como uma comunidade política (PREUSS, 2010, p. 41)¹⁰³⁶.

Na perspectiva schmittiana, o Poder Constituinte tem sua força manifesta no processo de decisão sobre a formação do Estado, processo de criação que parte de um vazio, estabelece bases, fundamentos e estrutura, fruto de uma decisão política de uma comunidade, portanto. A Constituição, nessa dinâmica, é a norma fundamental que está validamente amparada na anterior decisão política dessa comunidade, e não,

¹⁰³⁵ Ferreira e Rocha extraem de “O que é o Terceiro Estado” a conclusão que “o Poder Constituinte não é um poder constituído não derivando de qualquer outro ordenamento jurídico, sua origem é reconhecida em um momento de ruptura, do qual o poder faz nascer de um vazio absoluto uma nova ordem jurídica no Estado, ou faz nascer um Estado, por meio de uma Constituição” (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 82). A ideia de ruptura da ordem política anterior com o estabelecimento de uma nova e a Constituição como elemento de criação do Estado se aproximam, em alguma medida, com as reflexões de Preuss (2010).

¹⁰³⁶ Preuss destaca o aparente paradoxo desse exercício afirmando que o ato de autoconstituição dessa comunidade ainda não constituída apenas ocorre se os seus indivíduos são capazes de, de forma retroativa, se identificarem como parte de um sistema político em exercício da ação constituinte e que est(ar)ão amparados por uma Constituição (PREUSS, 2010, p. 41).

necessariamente, em uma validade na justiça (pois tal concepção destaca a ruptura com a ordem jurídica de vigência anterior¹⁰³⁷, ou seja, *justiça*¹⁰³⁸). O exercício do Poder Constituinte é um ato revolucionário e radical, instituidor, genuíno e de primeiro grau, criando uma Constituição e um Estado, sendo de ruptura, ainda que a sociedade seja a mesma¹⁰³⁹. Nesse sentido, a vontade política com força/autoridade suficientemente apta para adotar com concretude a decisão conjunta sobre modo e forma dessa existência comum (também política) é traduzida (ou consubstanciada) no surgimento da Constituição na teoria *schmittiana*¹⁰⁴⁰, pois ela determina a existência da comunidade política em sua totalidade (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 83-85).

Considerando-se que todas as Constituições são regras constitutivas dotadas de atribuições adicionais¹⁰⁴¹, pois são originadas do povo e orientadas ao poder estatal, não modificando regras, mas estabelecendo-as de modo universal e abrangente (e não particular), com isso destaca-se seu caráter constitutivo, ainda que essa seja uma postura que encontre divergências, como em Preuss, que vê a Constituição ligada ao regime de autogoverno coletivo e de constituição do povo. A ideia do “nós” presente na lógica de povo é gerada no, e por intermédio do, processo de construção da Constituição, ou seja, por um singular coletivo, significando que uma única entidade (povo ou nação) represente múltiplas qualidades e capacidades autorreferenciais, uma multidão de indivíduos que se reconhecem como um único corpo com capacidade ação, deliberação e entendimento sobre si mesmo. Assim, para Preuss, é por intermédio do resultado da autocapacitação de uma multidão que se converte em um ator coletivo reflexivo é que se

¹⁰³⁷ Ferreira e Rocha Celso nesse ponto estão amparados pela teoria de Ribeiro Bastos (1994) que vê no exercício do Poder Constituinte Originário uma quebra da sequência da ordem jurídica até então vigente, alterando seu conteúdo ou deslocando a força de sua legitimidade.

¹⁰³⁸ Aqui se usa “justiça” com letra minúscula para destacar sua equivalência restrita e superficial com o ordenamento jurídico e sua percepção de justiça com sistema jurídico institucionalizado. A ideia, entretanto, de Justiça (como ideal do Justo, do Bom e do Correto) estará sempre presente no momento de (re)fundação de um Estado/Comunidade Política e de uma Constituição, noção de Justiça essa influenciada por heranças históricas, filosóficas, culturais, sociais e das experiências institucionalizadas anteriores (ainda que se busque a ruptura desse referencial).

¹⁰³⁹ Isso representa, ainda que soe como obviedade, que com a CRFB/88 estabeleceu-se um Estado Democrático de Direito e uma nova ordem político-constitucional, mas a sociedade brasileira não “recomeçou do zero”, mantendo-se ainda uma sociedade que se iniciou ainda com as comunidades pré-coloniais e foi se formatando e modificando no decorrer do tempo. É relevante pontuar isso, pois fica igualmente claro que o momento de ruptura não representa exatamente uma página em branco onde tudo é possível, há uma herança social, cultural, geográfica, histórica etc., que marca essa sociedade e seus valores e, por óbvio, limita e orienta o exercício do Poder Constituinte Originário.

¹⁰⁴⁰ Ferreira e Rocha, com amparo nas análises de Ribeiro Lopes (1999), apontam um paralelo dessa leitura com a visão de Sieyès, já que sua concepção se liga a Constituição como ideia indispensável para a existência de um Estado, entendendo a Constituição como obra do Poder Constituinte que é anterior à sua criação (FERREIRA; ROCHA, 2017, p. 83).

¹⁰⁴¹ Preuss destaca que a recíproca não é verdadeira, nem todas as regras constitutivas podem ser entendidas como Constituições (2010).

possibilita o governo de si mesmo, e esse caráter reflexivo é criado por meio da Constituição (PREUSS, 2010, p. 42).

Cabe pensar no limite do exercício do Poder Derivado Reformador, considerando que é possível refletir tais limitações (materiais e formais) no âmbito da doutrina sobre o abuso de direito, mesmo que tal teoria tenha se estabelecido como uma preocupação especial do Direito Privado. Agregam-se tais observações aqui, por ser possível identificar o exercício de um constitucionalismo abusivo no poder reformador que coloca em risco os direitos e garantias fundamentais de minorias e grupos vulneráveis e, com isso, a noção de Democracia substantiva.

A teoria do abuso de direito pode contribuir com o desenvolvimento teórico das reflexões sobre o constitucionalismo abusivo, como apontado por Fachin (2013), quando este assevera que (i) o exercício de um poder deve necessariamente sofrer limitações, na medida em que sua execução deve se dar dentro dos limites de uma convivência em comunidade; e (ii) se identifica o abuso no exercício de um poder quando ocorre(m) violação(ões) das regras amparam a suprallegalidade. Dessa forma, no contexto do constitucionalismo o limite do Poder Constituinte Derivado Reformador se encontra na impossibilidade de seu exercício romper ou ameaçar o constitucionalismo democrático, existente uma base filosófica importante no constitucionalismo que defende a existência de uma “moldura suprallegal” que conforma o uso das técnicas e instrumentos constitucionais até mesmo, destaca Barboza e Robl Filho, pelo Poder Constituinte Originário.

Lênio Streck contribui para essas reflexões, destacando que o Poder Constituído é derivado do Poder Constituinte, este originário, logo é papel da Justiça Constitucional (que se apresenta como indispensável no reconhecimento de intervenção de um poder via *controle de constitucionalidade*¹⁰⁴²). À luz disso, o papel da Justiça Constitucional deve ter seu papel e limites na separação entre os Poderes, sob condições, como destacou Canotilho (1982), de que a liberdade do legislador fosse possível. É razoável estabelecer que “a liberdade do legislador é mais restrita quando trata de direitos de liberdade”, sendo nitidamente maior quando envolve liberdades econômicas, sociais e de políticas públicas. A liberdade do legislador deve sempre e em todo momento estar conformado pelo texto da CRFB/88 e sua materialidade. Streck registra que “o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque

¹⁰⁴² Que pode ser exercido pelo judiciais ou não.

ele está vinculado à Constituição (lembramos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social)”. Logo, ao legislador é dada “uma legitimidade política [...] que lhe permite, no ‘espaço estrutural-constitucional’, fazer escolhas” (STRECK, 2020, p. 99).

Pinto Netto constrói seu pensamento sublinhando que a revisão Constitucional se encontra limitada materialmente por princípios estruturantes (oriundos dos direitos sociais), como é o caso do princípio da juridicidade, princípio social (ou também conhecido como princípio da socialidade¹⁰⁴³) e pelo próprio princípio democrático¹⁰⁴⁴ (2009, p. 110-111).

Essa visão percebe no Estado de Direito uma transformação de concepções, de modo que a mera legalidade é suplantada (aos poucos) por uma ideia de juridicidade, ou seja, entende o “Direito como conjunto de regras e princípios que conferem fundamento, critério e limitação para a atuação estatal”. Nesse sentido, a ideia de legalidade (ampliada) ou de juridicidade (império do Direito como algo maior e mais complexo do que a lei) foram recebendo e assimilando “novos universos de atuação do

¹⁰⁴³ Luísa Cristina Pinto e Netto esclarece que o princípio da socialidade, se consubstancia na “vinculação jurídica do Estado a atuar na criação de condições de existência digna para as pessoas, até mesmo como garante de sua liberdade e autonomia” (PINTO E NETTO, 2009, p. 123). Para além, a autora ainda aponta que “[n]ão se pode seriamente falar em socialidade sem a garantia dos direitos sociais, este princípio comanda justamente que o Estado atue para garantir condições materiais para os indivíduos. [...] Os direitos sociais, no seio de um Estado estruturado sobre os princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade, densificam tais princípios, participando inequivocamente da vertebração da identidade constitucional” (PINTO E NETTO, 2009, p. 126-127).

¹⁰⁴⁴ O princípio democrático aqui deve ser entendido como um ideal previsto constitucionalmente pelo povo no momento constituinte e posteriormente, por meio de representação, que prevê, instrumentaliza e realiza a Democracia em todas as suas formas. Assim, os ideais democráticos de igualdade, liberdade, de proteção de direitos humano-fundamentais e de minorias e grupos vulneráveis não pode ser negado por uma vontade majoritária circunstancial. O Poder Constituinte derivado é inegavelmente dotado de um poder reformador, mas essa reforma não pode ocorrer legitimamente se ataca o núcleo essencial da Democracia escolhida pela Poder Constituinte originário, ou seja, a identidade da Constituição que deu forma ao Estado Democrático de Direito em 1988. Todavia, para uma compreensão aprofundada do princípio democrático, sugere-se a leitura de “Constituição e Participação Popular: a construção histórico discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental” de Fernando de Brito Alves (2013). As liberdades estatais (dos Poderes Constituídos) “encontrarão limites na própria normatividade da Constituição, nos direitos nela previstos e nos mecanismos que o próprio texto constitucional estabelece para a sua efetivação” (STRECK, 2020, p. 99-100). Pensamento também compartilhado por Luísa Cristina Pinto e Netto, quando afirma que “a aceitação de limites materiais à revisão constitucional liga-se ao reconhecimento da diferença qualitativa entre poder constituinte e poder de revisão, restringindo a função deste a reformar a Constituição existente sem desfigurá-la” (PINTO E NETTO, 2009, p. 84). O Estado Democrático de Direito demanda ponderar que o princípio democrático não autoriza que a ideia majoritária tudo decida sem parâmetro ou limitação. O princípio majoritário decide democraticamente, desde que esteja dentro dos limites normativos e procedimentos estabelecidos, mas, além disso, também está submetido “a balizas substanciais”. Esses limites são “valores fundamentais da ordem jurídica, com destaque para a dignidade da pessoa humana”, valores esses que são “limites intransponíveis, mesmo democraticamente” (PINTO E NETTO, 2009, p. 119-120). Além disso, por estar estruturado como um Estado Constitucional, o Brasil não pode afastar que princípios e direitos humano-fundamentais ocupam lugar de particular relevância na construção da sua própria identidade jurídico-política (PINTO E NETTO, 2009, p. 126).

Estado em virtude do alargamento desta operado a partir do Estado Social” (PINTO E NETTO, 2009, p. 117).

Essas reflexões sobre limitações formais e materiais se aplicam quando das Emendas Constitucionais. O Poder Constituinte derivado reformador pode propor emendas nos termos do Artigo 60 da CRFB/88¹⁰⁴⁵. As limitações estão, como pontudas por Sarlet (2003) no próprio texto constitucional (explícitas e implícitas) como limitações materiais que resguardam a identidade da Constituição e segurança para que não se construam propostas de afastar tais valores do sistema constitucional. Canotilho (2003) aponta que a revisão constitucional (e ele fala no contexto constitucional português) não pode ofender a estabilidade ou promover aniquilação sobre o núcleo essencial, razão pela qual se identifica a presença de cláusulas de irreversibilidade e de um processo qualificado de revisão da Constituição. Por óbvio, esses mecanismos não impedem que o sentido e características fundamentais da Constituição não possam sofrer adaptações e mudanças necessárias (destaca-se a perspectiva de uma Constituição viva e aberta de significados), mas tais mecanismos servem contra investidas de aniquilação, ruptura e eliminação do ordenamento constitucional que é substancialmente caracterizado¹⁰⁴⁶. O povo, como comunidade política e que se identifica jurídico-socialmente com a vontade expressa na Constituição por força legítima de seu poder democrático não autoriza/legitima que se realizem “reformas constitucionais” que

¹⁰⁴⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹⁰⁴⁶ A limitação do poder do Estado é, mais uma vez, pautada nas garantias constitucionais e como fundamento do constitucionalismo como força de garantia contra abusos estatais – em razão disso o fenômeno da constitucionalização de matérias e aspectos não tradicionais, como ocorreu com a constitucionalização do direito de família, de forma particular, e do direito privado, de forma geral, se fez tão crescente nos séculos XX e XXI. Negar, portanto, a existência de uma eficácia mínima e autônoma presente nos direitos e garantias fundamentais é “amesquinhar” a potencialidade transformadora da Constituição. Logo negar a possibilidade de que as Cortes e Tribunais Constitucionais possam atuar, estabelecendo unicamente a “necessidade de uma intervenção legislativa” apresenta-se como argumento que apenas ajudam a “manter os interesses das classes dominantes”. O reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios reconhece, como consequência sua força como centro de unificação do direito infraconstitucional e não apenas como limite formal para o Parlamento, ou seja, mais do que apenas um documento essencialmente político, assume-se o caráter vinculativo e obrigatório presente nas disposições constitucionais (LIMA; CAMBI, 2011, p. 457).

possam se traduzir em “desvirtuação de seus valores originários” – o que estabelece como limite ao poder reformador a axiologia presente na vontade do constituinte originário¹⁰⁴⁷ (SOUZA, 2010, p. 04-05).

O caráter progressivo ou “evolutivo” dos direitos e garantias fundamentais está, para Pinto e Brega Filho, vinculado ao princípio da irrevocabilidade e ao princípio da complementariedade solidária, como princípios estruturais. A irrevocabilidade estabelece a necessidade de “majorar a exigência de condições sociais” que permitam (de forma necessária e apta) “propiciar a realização das virtudes humanas”, enquanto a complementariedade solidária garante que “direitos já consolidados não poderão ser suprimidos” (PINTO; BREGA FILHO, 2014, p. 519-520).

Essa proteção não se dá só na dimensão de segurança jurídica de quem já tenha exercido ou adquirido esse direito, o que implicaria acreditar que o princípio da vedação ao retrocesso protegeria apenas resguardando direitos em caráter retroativo. Sua aplicação se dá também em face de movimentos retrocessivos que possam suprimir direitos humano-fundamentais, mesmo que esse movimento tenha efeitos prospectivos (ou seja, para o futuro), seguindo uma construção lógica que o princípio da vedação ao retrocesso possui um compromisso de progressividade e manutenção de estabilidade dos direitos consolidados (SANTANA, 2015, p. 34).

A dimensão normativa dos direitos fundamentais alcança densificação dentro do sistema constitucional se torna petrificada no texto (olhando para o caso brasileiro) e disso resulta o reconhecimento do princípio da vedação de retrocesso. Considerando a importância nuclear da Constituição e sua forma normativa no sistema nacional, a realidade estrangeira surge como recurso jurídico alternativo para teorização e sedimentação desse princípio como mecanismo de blindagem e proteção de direitos positivados. A experiência estrangeira auxilia nas leituras jurídico-científicas com fins de estabelecer que as conquistas relativas à efetivação de direitos constitucionalmente reconhecidos “não venham a sofrer interferência, seja por via legal-regulamentar ou mesmo hermenêutica”¹⁰⁴⁸ (SILVA; BREGA FILHO, 2018, 183-184).

¹⁰⁴⁷ Souza, a respeito disso, evoca as contribuições de Marlene Kempfer Basoli (2010), para quem o enunciado constitucional ao apresentar um valor jurídico-político estaria cumprindo o papel de orientar a atividade legislativa constitucional e infraconstitucional, de modo que a produção daí resultante não se afate da realização dos valores constitucionais. Ao mesmo tempo esse determinado valor constitucional serve como parâmetro de avaliação se o fato a ser judicializado possibilitará (ou não) a realização do valor constitucional (SOUZA, 2010, p. 04-05).

¹⁰⁴⁸ Essa ressalva é particularmente relevante quando se tem plena compreensão que as Cortes mudam, e seu entendimento (enquanto Corte) pode ser viciado e esvaziado por indicações políticas conservadoras-e-reacionárias que elevem até a mais alta cúpula judiciária ministros desprovidos de um compromisso

O receio quanto à mudança na composição das Cortes não deveria ser uma preocupação dentro de uma sociedade democrática e comprometida com a Constituição. Como destacado por Soares, o Judiciário não pode(ria) aplicar atos que violem a Constituição e deve(ria) observar a proibição de retrocesso como um direito fundamental e como um princípio implícito como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴⁹. Além disso, cabe ao Estado (em todas as suas instâncias e instituições) efetivar os direitos fundamentais “na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, para a realização progressiva do projeto de modernização e de promoção da justiça social”. Disso cabe que para determinados direitos “fique preservado o nível de concretização legislativa já alcançada” (SOARES, 2010, p. 297), o que pode ser ampliado para a concretização jurisprudencial.

O Estado Democrático de Direito não existirá, para além de uma mera identificação, se a população LGBTQ+ continuar sendo mantida como segmento “alvo de exclusão social”, pois ao serem tratados como “criminosos ou pecadores” nega-se a esses indivíduos “a sua condição humana e cidadã”¹⁰⁵⁰. Não se pode afastar da condição

com o Direito e se subalternem à dívidas político-ideológicas. Destaca-se que as decisões de positivação (forte) de um determinado direito fundamento (como o direito de constituir família reconhecido sem restrições discriminatórias para pessoas homossexuais) são obtidas com base na identificação de princípios constitucionais (e em alguma medida políticos), e, portanto, a partir de uma intencionalidade própria do direito (que não existe apartado da política). Nesse sentido, discutir uma releitura do sistema jurídico onde o dever dos juízes de observarem a legislação não seja restritiva, mas emancipatória e a construção de uma constelação referencial (a partir de princípios e precedentes) não envolve apenas uma mera prática social de reconhecimento (que envolve a participação dos movimentos sociais na superação de paradigmas culturais numa dada sociedade), mas sobretudo está ligada ao princípio democrático, visto este vincula a atuação das entidades institucionais com a tríade da liberdade-igualdade-e-fraternidade. O Min. Celso de Mello já se manifestou quanto à intangibilidade de direitos, no Recurso Extraordinário 477.554, ao afirmar que há uma preocupação do STF que se preservem “os mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores no sentido de proteger minorias e grupos minoritários” em situação de vulnerabilidade (jurídica, social, econômica ou política), vítimas, em razão disso, de diversas violências (intolerâncias, perseguições, discriminações, injusta exclusão). Por óbvio, isso demanda que se assegure no sistema jurídico a proteção de minorias e de grupos vulneráveis como um fundamento “imprescindível de plena legitimidade material do Estado Democrático de Direito” (STF, 2011a).

¹⁰⁴⁹ Soares destaca como exemplo desse reconhecimento o *RE 410.715-5/SP*.

¹⁰⁵⁰ Como destacado por José Paulo Gutierrez, Andréa Souza Ferrão e Taís de Cássia Peçanha Rocha, vislumbra-se (a partir da interpretação da CRFB/88) no Direito de Família um dever de proteção constitucional suficiente e progressivo. O *animus* de formar uma família, com liberdade de estrutura e igualdade de proteção, deve ser garantido a todos os cidadãos. A instituição familiar formada deve gozar dos valores estabelecidos (respeito mútuo, lealdade, afeto etc.) para que a família tenha um reconhecimento não apenas como entidade moral, mas como uma entidade multifacetada que tem como único objetivo “fazer feliz aqueles que a compõem”. Quando se reitera a necessidade do reconhecimento da proteção constitucional de diferentes arranjos familiares, não se está apoiando uma desvirtuação do caráter que a família tem no contexto social, mas que não se perpetuem injustiças jurídicas que o não reconhecimento da entidade familiar pode (in)diretamente proporcionar (2011, p. 197). A sistemática construída pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é orientada para a preservação de direitos e pelo movimento de progressividade dos direitos humano-fundamentais. Alegre destaca que a progressividade na realização dos direitos é, por exemplo, sublinhada no *Pacto Internacional sobre os*

humana a sexualidade como parte e que a plena realização da identidade do indivíduo é um direito fundamental, assim como a sexualidade, a qual “acompanha o ser humano desde o seu nascimento”, decorrendo da natureza, de modo ser constitucionalmente reconhecível a sexualidade “como um direito do indivíduo” além de ser “um direito natural, inalienável e imprescritível” (DIAS, 2008, p. 174).

Assim, é válido destacar que a inobservância do princípio da vedação ao retrocesso no reconhecimento dos direitos que orbitam o reconhecimento da sexualidade humana fere uma infinidade de direitos e garantias previstos na Constituição. É possível acrescentar que quando um direito passa a alcançar um determinado grau de realização, esse direito passa a ser tanto uma garantia constitucional quanto um direito subjetivo, simultaneamente¹⁰⁵¹. Logo, a partir da positivação do reconhecimento estatal (via controle de constitucionalidade) das uniões homoafetivas, o direito às uniões igualitárias alcança um patamar de direito com núcleo consolidado, pois mesmo que não tenha se dado via medidas legislativas, ocorreu o seu reconhecimento jurisprudencial, especialmente por se tratar de jurisdição constitucional¹⁰⁵². Tudo isso com vistas a impedir que indivíduos ou grupos possam sofrer supressão de direitos de forma inadvertida graças às forças econômicas, políticas ou ideológicas. Essa preocupação da CRFB/88 é visível, quando textualmente veda qualquer Emenda Constitucional que tenha como proposta abolir direitos e garantias individuais (Artigo 60, § 4º, IV)¹⁰⁵³.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que além de prever a progressividade, prevê também disposições impeditivas quanto à reversão de direitos já concedidos. O Pacto ainda é categórico na vedação de qualquer interpretação restritiva ou revogatória dos direitos reconhecidos pelo instrumento (ou pelo sistema interno do Estado signatário), vedando também qualquer interpretação que limite mais do que o já expressamente previsto pelo Pacto. É salutar destacar, como fez Alegre, que as cláusulas de não regressão não aparecem em outros instrumentos relacionados a direitos civis e políticos, já que tais direitos não dependem de situação econômica para realização progressiva do Estado (ALEGRE, 2018, p. 03-04). Apenas à título de comparação e melhor compreensão do que foi externado por Alegre (2018), ao analisar o teor do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, palavra diretamente ligadas à progresso, progressividade e progressivo aparecem oito vezes no instrumento, enquanto, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não há qualquer menção, havendo apenas a vedação quanto ao retrocesso de direitos dessa natureza.

¹⁰⁵¹ Em alguma medida poder-se-ia afirmar o mesmo sobre os direitos humanos. A partir do momento que existe um reconhecimento internacional (consolidando) sua legitimidade como direitos essenciais, esses alcançariam o grau de realização necessário para impedir qualquer tipo de retrocesso. Sobre a situação de *backlash* legislativo em Bermudas e as movimentações judiciais e sociais, se mostrou “uma situação oportuna e pertinente para refletir sobre os direitos humanos, pois mostra o desenvolvimento das lutas contemporâneas, a fim de alcançar transformações sociais emancipatórias” (BRILHANTE, 2018, p. 13).

¹⁰⁵² O mesmo se aplicaria pelo reconhecimento de cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direito Humanos ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos dentro da sua jurisdição. Cabendo destacar que a Corte já reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, agindo em vanguarda se comparado com a Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo.

¹⁰⁵³ Como apontado no Capítulo V e VI da presente tese, os direitos de casais homossexuais serem beneficiados com direitos antes reservados apenas aos casais heterossexuais começou mesmo antes da

Uma conquista importante para a questão do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil se deu, em setembro de 2019, com a decisão no Plenário do STF na *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971 – DF*. A ADI teve como relator o Min. Alexandre de Moraes e versava sobre a inconstitucionalidade da *Lei n. 6.160, de 25 de junho de 2018 do Distrito Federal*. A referida lei instituiu as diretrizes para a implantação da *Política de Valorização da Família no Distrito Federal* e tinha como disposição que se entendia como entidade familiar “o núcleo formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável” (Artigo 2º, I da referida lei).

No julgado da ADI 5.971, a Corte entendeu que não havia inconstitucionalidade formal, mas que havia inconstitucionalidade material de acordo com a interpretação conforme já estabelecida pelo STF nas ADI 4.277 e ADPF 132. Com isso, a Corte estabeleceu, com unanimidade, que não é possível que se façam interpretações de lei (e sua criação) que sejam incompatíveis com o texto constitucional, ou seja, que excluam do conceito de entidade familiar “o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo”. No julgamento, o relator destaca as palavras do Min. Celso de Mello (no RE 477.554/MG): qualquer pessoa, independentemente de sua orientação afetivo-sexual, goza do direito de constituir família, sendo essa uma norma de inclusão para proteção das minorias. (STF, 2019).

É fato que a decisão não menciona expressamente o princípio da vedação ao retrocesso¹⁰⁵⁴, mas seu conteúdo é todo direcionado para a existência de um precedente paradigmático e que é inamovível no que se refere ao reconhecimento da pluralidade de formatos familiares. Em um ano de governo conservador (gestão do presidente Bolsonaro) e com diversas ameaças aos direitos humano-fundamentais, mostra-se uma postura da Suprema Corte brasileira em considerar os precedentes horizontais como uma ferramenta de segurança jurídica, coerência e integridade do sistema democrático-constitucional¹⁰⁵⁵.

CRFB/88 e mesmo antes da discussão em sede de jurisdição constitucional, sendo esses direitos principalmente de natureza previdenciária.

¹⁰⁵⁴ Luís Roberto Barroso destaca que “apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (2001, p. 158). A não indicação expressa do princípio na decisão não pode, portanto, ser um elemento impeditivo de seu valor implícito ali presente.

¹⁰⁵⁵ Ainda é válido acrescentar que “parece ser uma tendência entre os tribunais e cortes constitucionais, que tendem ratificar seus julgados na defesa de direitos, a despeito de tentativas de reversão legislativa e

Existem limites materiais ao Poder Constituinte Reformador e o Poder Constituinte originário é o limite da Democracia. Partindo-se desses pressupostos, é interessante trazer as contribuições de Meyer quando aponta que (re)pensar os limites do poder constituinte originário se apresenta como uma preocupação relevante para a teoria constitucional contemporânea. Segundo as reflexões do autor essas reflexões contemporâneas se prestam a impedir “lesões a direitos humanos” e refutar teorias que busquem legitimar tais tentativas. Meyer registra “a reivindicação de que as bases do constitucionalismo têm sido erigidas sobre o respeito às normas básicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Essas normas, segundo o autor, foram “estabelecidas em favor do asseguramento de obrigações *erga omnes*, normas de *jus cogens* e costumes internacionais lógica e frontalmente opostos à prática de crimes contra a humanidade, não ao seu acobertamento” (MEYER, 2017, p. 37).

Cabe agora mais uma camada de proteção quanto à constelação de valores estabelecidos com a CRFB/88 e que limitariam o efeito *backlash*, ainda que com intensa participação popular (o que, frisa-se, não equivale, obrigatoriamente, à participação ou legitimidade democrática). Os limites ao Poder Constituinte, inclusive originário, ocupam algumas esferas das reflexões doutrinárias, pensando-se mesmo em limitações não metafísicas ou jusnaturalistas, mas dentro de uma ordem concreta e estrutural, e ainda não se pode negar o valor jurídico-político das limitações presentes no Direito Internacional por força dos direitos humanos.

de alteração de sua jurisprudência”, o que pode ser tomado como uma tendência muito positiva de tutela dos direitos em face do *backlash*. No que se refere ao Brasil, caso respostas conservadoras ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo sejam aprovadas no Congresso Nacional, essas “respostas legislativas” se submetem ao controle de constitucionalidade e, por certo, o STF asseguraria sua posição de garantidor de direitos humano-fundamentais reafirmando seu papel contramajoritário (LIMA, 2017, p. 393). Vale agregar às análises que ao ter se reconhecido o direito à livre constituição familiar sobre tal direito recai o manto invisível do direito adquirido. Como assevera Brega Filho, o direito adquirido é um direito individual previsto nas Constituições brasileiras de 1934, 1946, 1967 e 1988, sendo que essa última inovou ao incluir os direitos individuais no rol de cláusulas pétreas. Assim, hoje o direito adquirido goza de status de núcleo irreformável da CRFB/88, de modo que o Poder Constituinte está limitado pelos direitos adquiridos (BREGA FILHO, 2002, p. 97). O direito de constituir família, portanto, se enquadra entre os direitos individuais, visto que estes, conforme Brega Filho, “são concebidos para serem exercidos pela pessoa humana individualmente considerada e trazem como característica principal a imposição de limites ao poder estatal e aos demais indivíduos”, garantindo autonomia, iniciativa e independência oponíveis perante o Estado e aos membros da sociedade política. Dito de outra forma, “os direitos individuais, espécie dos direitos fundamentais, são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares e impõe ao Estado e aos demais membros da sociedade um dever de abstenção”. Ainda segundo o autor, a existência de direitos individuais se liga tanto à perspectiva de ser “uma garantia negativa proibindo ao Estado e aos demais cidadãos uma intromissão na esfera individual da pessoa e uma garantia positiva, assegurando o poder de exercer direitos”. Ao garantir a liberdade, assegura-se o exercício desse direito e a garantia de que nem o Estado ou qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas possam cercear o direito e seu exercício (BREGA FILHO, 2002, p. 75-76)

Admite-se que o direito reconhecido às uniões homoafetivas também está amparado pelo Direito Internacional, o que “fecha” outra possibilidade argumentativa daqueles que enxerga um movimento de “vontade popular” por força essencialmente política como legítima para derrubar o valor da não discriminação presente na CRFB/88¹⁰⁵⁶. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, dessa forma, apresenta os instrumentos internacionais políticos (consubstanciados em documentos políticos: os tratados, convenções, pactos, declarações etc.)¹⁰⁵⁷ como uma camada extra de proteção de valores compartilhados pela comunidade política internacional. Disso decorre o procedimento de controle de convencionalidade como procedimento a ser considerado quando há riscos de retrocessos de direitos humano-fundamentais.

Os compromissos jurídico-políticos assumidos pelo Estado brasileiro¹⁰⁵⁸ condicionam a produção do Legislativo que portanto fica principal e primeiramente vinculado às limitações formais e materiais da Constituição, mas também, de forma secundária e complementar, deve orientar sua produção legislativa considerando os documentos internacionais que o Brasil também faz parte ou está sob vinculação. Isso reflete oportunamente no Executivo que deve proceder também orientado por tais valores internacionalmente compartilhados, pensando em políticas públicas e formas de implementação desses valores.

O Judiciário passa a ter um novo referencial, ou parâmetro, de avaliação da legitimidade de atos e normas, procedendo com o controle de convencionalidade das leis e dos atos oriundos do poder público. Assim considerando o Direito Internacional dos Direitos Humanos como também uma dimensão de limitação e orientação valorativa do Estado, é necessário considerar isso no fenômeno do constitucionalismo

¹⁰⁵⁶ É importante deixar claro que essas reflexões são construídas sob a égide da CRFB/88 e de um ambiente de constitucionalismo democrático orientado para uma Democracia substancial. Em caso de revogação da CRFB/88 e da implantação de um sistema de governo autoritário ou totalitário, como se constrói no constitucionalismo abusivo para negação de direitos fundamentais e da própria Democracia, as análises presentes na tese não se aplicariam, pois não mais estaríamos em um Estado Democrático de Direito.

¹⁰⁵⁷ Os tratados internacionais, por serem documentos que internacionais que presumem o consentimento da comunidade política, são documentos políticos que se legitimam como escolhas políticas ao mesmo tempo em que formam uma *engenharia/arquitetura de consentimento político* em diferentes níveis. Os Estados, como comunidades jurídico-políticas que são, não são dotados de qualidades metafísicas, ou mesmo vontades próprias e se manifesta pelo consentimento de seus concidadãos (mediante pessoas e vontades que compõe essa entidade). Ao assumir um compromisso internacional ou compor, por sua vez, uma comunidade internacional que produz um documento internacional. Há nessa sobreposição de vontades, consentimentos e compromissos uma “confusão” de Estado, povo e vontade política que se entrelaçam mutuamente.

¹⁰⁵⁸ Pois o Estado apenas participa de forma legítima de uma construção jurídico-política no âmbito do Direito Internacional, a partir do consentimento dos cidadãos.

contemporâneo, o que, para alguns teóricos, representa a construção de um transconstitucionalismo¹⁰⁵⁹.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui um valor político relevante como medida de limitação de atuação estatal (e, conseqüentemente, da atuação popular)¹⁰⁶⁰. Ao “eleger” direitos tomados, ainda que não absolutamente, como

¹⁰⁵⁹ Por certo, essa perspectiva da proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, das Cortes Internacionais e o direito interno pode tanto apresentar sinais de diálogo quanto de conflito. Israel, amparado nas contribuições de Neves (2009), aponta que o diálogo se alcançaria com a construção de uma percepção compartilhada, troca de aprendizados e intercâmbio entre os diferentes sistemas jurídicos e suas experiências. Os sistemas constitucionais *conversariam* por meio do *diálogo* entre as Cortes Constitucionais e/ou ordenamentos jurídicos em diferentes níveis com as Cortes ou Tribunais Internacionais. Esse diálogo poderia ser construído, por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros (nacionais), ou entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (direito internacional) e as cortes nacionais (direito interno) ou o TJCE, entre cortes nacionais, o que se estende para cada sistema regional de proteção de direitos humanos. Essas comunicações a rigor transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas, não podem ser tomadas como uma cooperação permanente, em razão dos conflitos e disputas particulares dos sistemas internos. Hubner Mendes, também oferece contribuições nesse sentido, mas fala em diálogo em *sentido fraco*, retratando possibilidades onde os poderes interagem com últimas palavras provisórias (das Cortes) mas em uma interação ininterrupta, sendo possível pensar em um modelo (ou dinâmica) de complementariedade entre *as teorias da última palavra* e *as teorias do diálogo*. Cada Constituição, ou seja, cada sistema interno apresenta sua “última palavra provisória”, que estaria passível de uma “nova rodada procedimental” (MENDES, 2008, p. 171-189).

¹⁰⁶⁰ Assim considerando, a discussão horizontalizada e a participação popular nas significações da Constituição não pode violar os compromissos internacionais assumidos. Sobre os compromissos internacionais a comunidade política brasileira é internacionalmente comprometida. Como colocado por Brega Filho, “em suas relações internacionais o Brasil deve preservar os direitos humanos (individuais, sociais e de solidariedade)” (2002, p. 72). Em igual sentido, a integridade e a coerência do sistema devem dialogar com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como o que está disposto nos Princípios de Yogyakarta, quando se conhece, por meio do Princípio 24 o direito de se constituir família sem qualquer discriminação com base na orientação afetivo-sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. O instrumento também destaca a obrigação do Estado em tomar todas e quaisquer medidas necessárias (sejam legislativas, administrativas ou outras – ao que essa tese destaca o reconhecimento do STF no caso brasileiro, em um primeiro momento) para assegurar o direito de constituir família livre de qualquer discriminação. O mesmo instrumento estabelece a obrigação dos Estados em assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas das famílias, e “tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero”. Por fim destaca-se que iguais esforços devem ser aplicados para que os direitos entre casais heteroafetivos e homoafetivos sejam igualmente disponíveis (CORRÊA; MUNTARBHORN, 2007, p. 30-31). Como apresentado pelo ministro Ayres Brito, é função da Corte perceber na integridade constitucional que a CRFB/88 não faz qualquer referência à interdição ou impossibilidade de que pessoas do mesmo sexo protagonizem a formação de uma família. A formação de uma família deve preencher requisitos legais (e burocráticos) não discriminatórios em igual dimensão para pessoas homo ou heteroafetivas. Trata-se, como assinalado por Ayres Brito, de inteligência robustecida “de que não se proíbe nada a ninguém se não em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem” e se o contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos são aqueles heteroafetivos “o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equivalência jurídica com os primeiros” pelo fato que “sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada” nem “os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família”. O ministro afirma que ali (o que se pode entender como sendo o STF, mas também a própria jurisdição constitucional) é o espaço (chamado por ele de “reino”) “da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham”. A sociedade é enxergada “como um todo” (e não numa visão de maioria), onde “sua estruturação é de dar [...] com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º” (STF, 2011b, p. 654-655). A construção de uma

declarados e universalmente aceitos, a Comunidade Internacional apresenta uma orientação de progresso para os Estados membros que se comprometem a proteção (e jamais retirar ou restringir desproporcionalmente) desses direitos-valores. Até mesmo o Poder Constituinte originário, especialmente quando esse é exercido por uma comunidade política que historicamente já se identifica como uma unidade política e (re)funda uma nova ordem jurídica, ainda se encontrará (in)diretamente vinculadas aos Direitos Humanos. Na seara dos direitos-valores internacionais a vedação ao retrocesso limitaria, por consequência, que uma nova Constituição eliminasse direitos reconhecidos, como o da não discriminação¹⁰⁶¹.

Lopes e Santos Júnior (2017) acompanham esse entendimento e afirmam ser vital que os Estados aproximem sua interpretação das argumentações internacionalmente construídas, especialmente pelos tribunais supranacionais (como seria o caso da Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) “considerados também intérpretes legítimos dos tratados”. Logo, quando a interpretação constitucional é guiada para a manutenção da coerência de seu texto com uma compreensão internacional “esse cânone interpretativo deve ser aplicado” como a abertura da CRFB/88 determina. As decisões devem adotar soluções correspondentes e coerentes, adotando o mesmo princípio para casos semelhantes, orientando sempre para o fator de estabilidade e racionalidade jurídica, a partir de uma perspectiva *alexiana*, de modo que a harmonização envolva interação/integração hermenêutica com as jurisprudências (inter)nacionais visibilizando um entendimento compartilhado e, por isso, potencialmente mais eficaz (LOPES; SANTOS JÚNIOR, 2017, p. 196).

Como os tratados internacionais passam a compor a ordem constitucional quando versam sobre direitos humanos, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e*

jurisprudência “evolutiva” implica um exercício consciente e sustentado por argumentos jurídicos e científicos orientados para uma racionalidade que, ao mesmo tempo, rompa com paradigmas e estabeleça um novo modo de (re)ler o direito e sistema jurídico. Essa postura, que constitua avanços em matéria de direitos fundamentais, deve ser amparada por uma razão que entenda requisitos de coerência e integridade do sistema jurídico.

¹⁰⁶¹ Essas reflexões encontram amparo na teoria jurídica brasileira visto que o Estado brasileiro protagonizou em sua história uma participação ativa na política internacional ligada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo que nessas relações se “delinearam uma efetiva previsão de direitos à proteção humana. Documentos, convenções e tratados internacionais fortaleceram a positividade dos direitos, garantindo mais segurança jurídica, rechaçando o retrocesso de direitos” (BENHOSSI; FACHIN, 2014, p. 135). Como disposto por Andrei Sei Ichi Ueta “[s]omente governos que representam o povo, no sentido de ter seu consentimento e respeitar seus direitos, adquirem direito à proteção da soberania garantida pelo direito internacional” (UETA, 2006, p. 95).

Políticos, 1966 – ratificado pelo Brasil em 14/01/1992¹⁰⁶² – é salutar destacar que o reconhecimento do caráter cultural da religião não autoriza que o Estado Laico impeça o gozo de um direito fundamental (direito ao casamento) por conta da desaprovação religiosa que constrói no imaginário popular uma reprovação a partir da moralidade judaico-cristã, mas que não possui um amparo racional-lógico. Assim, a liberdade religiosa ou de crença não pode violar “os direitos e as liberdades das demais pessoas” (Artigo 18, 3). O documento internacional estabelece que a todos devesse ser conferida a proteção da lei e “sem discriminação alguma”, devendo a lei “proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação” de qualquer natureza ou situação (Artigo 26). Vale sublinhar que o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais*, 1966¹⁰⁶³ ao reiterar os termos do preâmbulo do *Pacto Internacional Direitos Cívicos e Políticos*, estabelecendo os direitos de igualdade, direitos humano-fundamentais e dignidade humana, determina que os Estados devam reconhecer “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (Artigo 12).

O próprio *Pacto São José da Costa Rica* (1969), se tratando de uma “convenção americana sobre os Direitos Humanos”, garante direitos essenciais não apenas limitado ao contexto de um Estado determinado, mas aplicável a todos os Estados Democráticos de Direito no continente. O Brasil ao se tornar signatário desse pacto¹⁰⁶⁴ significou o compromisso político-jurídico do País com proteger e efetivar os direitos ali contidos, visto que o Estado brasileiro não se comprometeu apenas com seus cidadãos, mas com a comunidade internacional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos se mostra como uma conquista e uma segurança de um mínimo digno existencial da (e para a) pessoa humana (FERNANDES; BARUFFI, 2015, p. 89).

A luta pelo direito ao reconhecimento da dignidade das relações entre pessoas do mesmo sexo está apontada pela presente tese, bem como a legitimidade jurídica da pauta a partir de uma construção paulatina de um perfil constitucionalmente democrático. Movimentações de *backlash*, por mais que possam ser justificadas por um pseudointeresse popular seriam, portanto, objeto de controle de constitucionalidade e de

¹⁰⁶² Que foi recepcionado pelo direito brasileiro por meio do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992, que versa sobre Atos Internacionais ratificando o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

¹⁰⁶³ Recepcionado no direito brasileiro em Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992, que versa sobre Atos Internacionais ratificando o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹⁰⁶⁴ Adesão que ocorreu no ano de 1992, com Decreto n. 678, 06.11.1992 e publicado no Diário Oficial de 09.11.1992.

convencionalidade a partir dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, bem como por uma considerável gama de países pelo mundo.

Esse controle de convencionalidade e de constitucionalidade se apresenta como um relevante filtro de controle das restrições de direitos humano-fundamentais em um cenário de possíveis propostas de revogação do direito ao casamento e união estável civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, bem como arena de discussão e aplicação do princípio de proibição do retrocesso. Além disso, é válido resgatar o princípio da progressividade a partir das escolhas jurídico políticas feitas em sede do Direito Internacional para compreender que elas vinculam o Estado e a sua comunidade de concidadãos, de modo que o descumprimento do valor da progressividade e vedação ao retrocesso (por ação ou omissão, a depender do caso) estão passíveis de controle judicial.

A progressividade e a proibição de retrocesso, no caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo, se mostram uma ambivalência convergente de movimentos, visto que, ao funcionar como flancos de direitos obtidos, extrai-se que toda e cada etapa de avanço de um direito (por exemplo, a conquista via positivação em sede de controle de constitucionalidade) não pode ser retroagido, pois já se tornou protegido pelos princípios em análise. Cada nova vitória se estabelece como parâmetro de não retroatividade (ou seja, dali não se pode mais voltar) e progressividade (dever de progredir a partir daquele marco).

A validade das normas de Direito Internacional decorre, como pressuposto lógico e justificado filosófico-politicamente, da legitimidade dos Estados que constroem essas normas e, como destacado por Ueta, os “Estados e governos existem porque os indivíduos consentiram, ou iriam idealmente consentir, em transferir alguns de seus direitos a fim de tonar a cooperação social possível” (UETA, 2006, p. 108)¹⁰⁶⁵.

Considerando a perspectiva internacional que também se aplica ao cenário da discussão constitucional, qualquer medida mais drástica de proibição da homossexualidade seria “considerada como violação aos direitos humanos pela Anistia Internacional, desde 1991” (GIORGIO, 2001, p. 11). Cabe acrescentar que Maria Berenice Dias afirma que a exclusão da homossexualidade do mundo do direito seria

¹⁰⁶⁵ O autor estabelece como justificativa para esse posicionamento que “[d]e um ponto de vista filosófico, o direito internacional não pode transgredir os limites do consentimento individual que justifica os governos em primeiro lugar”, na medida em que é desse consentimento que se forma os Estados como organizações de comunidades políticas (UETA, 2006, p. 110).

impossível, já que o reconhecimento dos direitos às populações LGBTQ+ no rol dos direitos fundamentais é imperativa.

Assim, segundo Dias, “eventuais leis ou interpretações que possam desnaturar os direitos dos homossexuais, inclusive no tocante à conjugalidade” não terão amparo constitucional “porque a afetividade faz parte das relações humanas”. A dignidade da pessoa humana estabelece a guarida dessa questão no rol dos direitos fundamentais, sendo possível reconhecer um “direito à homoafetividade” amparado pelo princípio fundamental da isonomia, da proibição das discriminações injustas e pela liberdade de expressão. Além disso, trata-se da “garantia do exercício da liberdade individual, como um direito de personalidade” por dizer respeito à “identidade pessoal e a integridade física e psíquica” (DIAS, 2008, p. 175).

Considerando a possibilidade de falibilidade de todo e qualquer procedimento decisório, Zagrebelsky ressalta que faz parte do espírito da democracia que todos se sintam incluídos na comunidade e que se sintam responsáveis pelas decisões. Desse modo, as falhas individuais de alguns não podem servir como justificativa que outras pessoas arroguem-se privilégios políticos (o que poderia ser traduzido como uma leitura elitista da Democracia). A Democracia deve reconhecer seus limites e permitir que todos estejam envolvidos, sendo problemáticos os procedimentos ou teorias que busquem “estabelecer gradações e fomentar diferenças, mesmo se apenas psicológicas” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 137).

Defender a aplicação de uma proteção democrática às conquistas de minorias, como a vedação ao retrocesso como um valor democrático e a dimensão dos direitos humano-fundamentais na perspectiva internacional não se presta a defender um ato jurídico-político de forma permanente, ou mesmo, defender que a sociedade seja excluída do processo de tomada de decisão de forma passiva e reativa. A Democracia crítica envolve a participação da comunidade política e da complexidade presente na realidade de cada aspecto. A Parte II da presente tese apresenta um *quase-inventário* sobre o valor da não discriminação e do reconhecimento da liberdade e igualdade como valores democráticos paulatinamente conquistados onde a sociedade (ainda que não de forma unânime) e as instituições foram partícipes desse processo de reconhecimento supra (ou extra) jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁶ Ao tratar sobre Democracia crítica, Zagrebelsky afirma que “[a]s instituições clássicas do povo capacitado para a ação são os partidos políticos. E estes últimos estão atravessando um período de crise e não há certeza de que seja possível superá-lo. A democracia crítica necessita dos partidos nas suas formas

Dworkin, ao tratar da possibilidade de o Poder Judiciário mudar a existência de uma regra de Direito, o faz entendendo que ao juiz será requisitado que ampare sua interpretação em um princípio justificador da mudança. Considerando que nem todo princípio justifique mudança de regras de direito (entendendo que há princípios fortes e fracos, de modo que uns princípios podem mais que outros), sob pena de vulnerabilizar todas as regras, cabe ainda ao juiz conscientizar-se de “alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida¹⁰⁶⁷; esses padrões são, na sua maior parte, princípios”. Um dos padrões a serem considerados inclui a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo” bem como outros princípios que orbitam sobre e exigem deferência limitada das cortes pelos atos do Poder Legislativo. Além disso, vale citar o respeito aos precedentes e “outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência”. As doutrinas da Supremacia do Poder Legislativo e do respeito ao precedente conduzem à manutenção do *status quo*, ainda que não seja (na leitura de Dworkin) uma doutrina impositiva (DWORKIN, 2002, p. 59-60).

Desse modo, o movimento LGBTQ+ usa os espaços oficiosos como arena política para que sua particularidade seja reconhecida e, paradoxalmente, anulação de sua particularidade em busca do tratamento igualitário no exercício de sua liberdade. É uma luta contra a exclusão e *invisibilização* que, de alguma forma, implica no retorno de uma invisibilidade e neutralidade pela naturalização de que (de fato) “seriam iguais perante a lei” passando a fruir da norma dominante – norma essa que antes os excluía. É a batalha para que se estabeleça uma existência e (con)vivência democrática a partir do gozo “dos direitos normalmente concedidos a todos os membros da parte inteira, que é a comunidade” (BOURDIEU, 2012, p. 146-147). Sublinhe-se: existe uma presunção de autoaplicação dos direitos civis e políticos – de modo que independem da criação de leis posteriores regulamentadoras graças a uma natureza programática dos direitos econômicos, sociais e culturais – de maneira que sua aplicação deve ser progressiva,

conhecidas e em outras formas de integração social para fins políticos, como poderiam ser novas instituições de comunicação ativa e circular entre os cidadãos (não diretamente entre os indivíduos e os detentores do poder) possibilitadas pelas técnicas informáticas” (2011, p.144-145).

¹⁰⁶⁷ Talvez a melhor expressão aqui seja considerar a superação de paradigmas de regras estabelecidas contra as quais o novo entendimento/interpretação se opõe. A observação é pertinente no sentido de que a opção do STF, por exemplo, e de outras Cortes Constitucionais está amparada nas melhores doutrinas contemporâneas que compreendem a ilegitimidade do silêncio legislativo e parlamentar a respeito de uniões existentes na sociedade e que, por muito tempo, padeceram sem qualquer apreciação positiva do Estado.

visto necessitar de recursos econômicos disponíveis (PIOVESAN; KAMIMURA, 2015, p. 303).

Um movimento possível e necessário para uma democracia crítica é reconhecer a ilegitimidade democrática de retrocessos que tenha a natureza de limitar ou revogar esse direito que já foi reconhecido no sistema jurídico (inclusive no plano supranacional). Nesse sentido, veja-se a colocação feita por Flávia Danielle Santiago Lima, ao analisar os sinais de *backlash* em face do reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF no que diz respeito à tentativa de superação da decisão via congressual (com projetos de lei), afirma que “a via do ataque direto, com a derrubada da decisão, não obteve êxito” (LIMA, 2017, p. 388), pois, ainda que tenham sido identificados projetos atacando a decisão, nenhum deles teve uma movimentação efetiva o que pode sugerir uma falta de interesse do Parlamento (ainda que com sua configuração conservadora) e até uma aceitação passiva do estado de coisas¹⁰⁶⁸.

Movimentos discriminatórios e a ocorrência de um *backlash* sobre o reconhecimento positivado sobre a união homoafetiva seriam atentatórios contra as liberdades fundamentais (que possuem um status negativo, e portanto de abstenção o Estado). Como destacado por Brega Filho, quando a CRFB/88 trata de direitos fundamentais em seu Artigo 5º, XLI (escrevendo direitos e liberdades fundamentais) estabelece-se, por decisão do Legislador, que o sistema jurídico brasileiro (e o sistema constitucional como parte dele) “busca punir qualquer ato de discriminação atentatória aos direitos fundamentais em todas as suas gerações”, ou seja, o texto constitucional busca enfrentar discriminações de qualquer tipo, configurando-se como uma garantia do princípio da igualdade (BREGA FILHO, 2002, p. 70)¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁸ Quando se reconhece a blindagem da positivação do direito fundamental à livre constituição familiar para as pessoas homoafetivas, o que se está fazendo não é engessar o sistema jurídico, mas apenas incluindo o que se poderia chamar de “trava de segurança” para impedir retrocessos. Como essa trava deve(ria) funcionar inclui algumas articulações sociais e institucionais. Considerando o espaço de centralidade no sistema jurídico-constitucional, medidas de retrocesso teriam como barreiras em maior ou menor grau: (i) devido processo legislativo – que se feito considerando a substancialidade dos direitos de liberdade e igualdade, dentro dos panoramas interpretativos atuais não permitiria o andamento de projetos como o PL 6583/13 - *Estatuto Da Família* ou similares; (ii) a isonomia; (iii) princípio da confiança – que não pode ofender as expectativas legítimas depositadas no sistema jurídico e no Estado; e (iv) a dignidade da pessoa humana que é um atribuído que tutela os indivíduos independentemente de sua orientação afetivo-sexual.

¹⁰⁶⁹ A instabilidade político-democrática depende de uma coerência do sistema jurídico. É válida, nesse sentido, a lição de Baranoski ao destacar que a coerência legislativa depende do corpo de normas editadas estar adequadas e orientadas pelos princípios e garantias consagradas no texto da Constituição. No que se refere aos homossexuais, a coerência normativa deve orientar-se pelos “princípios da dignidade da pessoa humana, do direito de livre expressão e da isonomia” (BARANOSKI, 2016, p. 77). Disso cabe destacar que não se está atribuindo intangibilidade ao que já foi reconhecido (positivado), mas estabelece que, no caso brasileiro, o STF legitimamente deu a última palavra sobre a matéria para uma rodada de

É, portanto, momento de abandonar procedimentos que desconsiderem “a sociedade está cada dia mais plural”, logo, os resultados alcançáveis não podem amparar ocorrência de qualquer tipo de discriminação, especialmente, considerando que a “proibição da discriminação ao diferente ganhou caráter constitucional (Artigo 3º, IV)”. A comunidade política escolheu o “direito ao tratamento igualitário entre as pessoas” como um valor constitucional e com isso as decisões políticas e jurídicas não podem promover discriminação ou desigualdade, visto não ser mais socialmente justificável¹⁰⁷⁰. Pensar em uma justificção social não representa dizer que uma decisão sobre o significado constitucional deve agradar a todos, na medida em que as decisões devem ser, sobretudo, decisões jurídicas (ROCHA; BAHIA, 2020, p. 299).

Como importante elemento de garantia de uma estabilidade em um dado sistema jurídico e democrático, o princípio da vedação ao retrocesso funciona como aspecto de fortalecimento da confiança no Estado e no sistema. Como colocado por Silva e Brega Filho, o princípio em questão se presta “a afastar modificações na ordem jurídica que impliquem em retrocesso” vinculando-se à ideia de fundamento (mais do que propriamente um princípio¹⁰⁷¹). A partir daí, extrai-se que a vedação ao retrocesso é um freio, aplicando-se sob a análise se há ou não um retrocesso a ser combatido, o que torna esse fundamento um aspecto criterioso, relativo e que deve “reconhecer que limites fáticos e epistêmicos [que] não raro se impõem de modo imperativo e inescusável”. A vedação ao retrocesso “é manejado em face de um tratamento legislativo em razão de outro que anteriormente lhe era dado”, pois mesmo que ambas as leis sejam a priori dotadas de igual validade, a resposta correta deve indicar aquela que seja juridicamente

interpretação. Isso não significa dizer que a matéria não possa ser parte de um debate público, visto que, nas palavras de Alves e Brega Filho, o monopólio das cortes constitucionais “não exclui a discussão sobre o acerto ou não das decisões” quando “houver omissão completa ou atuação deficiente da Suprema Corte” devolvendo a questão “ao Poder Legislativo que teria na hipótese o poder/dever de restabelecer o conteúdo primeiro dos juízos políticos que motivaram a deliberação sobre a própria Constituição” (2015, p. 133). A ressalva sempre necessária é que essa rediscussão não deve restringir ou revogar direitos, mas ampliá-los ou consolidá-los, o que representa dizer que o Parlamento poderia discutir a matéria novamente para, por exemplo, produzir uma Emenda Constitucional que adequasse o texto ao que já foi positivado pela Corte Constitucional sobre a possibilidade da união homoafetiva (o que agora implicaria reconhecer textualmente a possibilidade de união estável e casamento). O controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional se legitimam na medida em que conferem tutela aos direitos fundamentais e proteção às minorias e grupos vulneráveis.

¹⁰⁷⁰ Rocha e Bahia apontam que a decisão do STF “ao ser interpretada através da metodologia de Castanheira Neves, mostra-se acertada, uma vez que, mesmo existindo pessoas contrárias a esse tipo de relacionamento, a sociedade em geral o entende como sendo um relacionamento válido, pois se trata de dois seres humanos” (ROCHA; BAHIA, 2020, p. 299).

¹⁰⁷¹ Princípios se prestam a gradação de aplicação, funcionando como um contrapeso para balancear suposta colisão com outros princípios. Como fundamento a vedação ao retrocesso funciona como um freio.

e constitucionalmente válida, aplicando-se a vedação ao retrocesso (SILVA; BREGA FILHO, 2018, p. 213, 217)¹⁰⁷².

Esse é a concepção de uma Democracia real que se mostra como necessária. A Democracia é sinônimo de luta no seio da sociedade civil, não apenas um modelo específico de governo ou modelo normativo. A esfera pública, por ser uma dimensão política, é lugar onde acontece a luta democrática que almeja que a esfera pública se expanda marcada pelo embate, que espera que essas fronteiras entre esferas públicas e privadas sejam reconfiguradas para, com isso, incluir indivíduos que são “naturalmente”¹⁰⁷³ excluídos do espaço público. A luta democrática é um embate contra a dominação das oligarquias presentes no Estado e na sociedade (RANCIÈRE, 2014, p. 72-73).

A igualdade básica de condições materiais para o exercício democrático é imprescindível, sob pena de perpetuação da exclusão dos espaços democráticos¹⁰⁷⁴. Não

¹⁰⁷² No que se refere aos limites fáticos, ao contrário de outros direitos – os sociais – o reconhecimento do direito às uniões homoafetivas (estável e casamento) comporta aplicação permanente visto que não demanda de uma prestação estatal que fique fragilizada em situações de crise econômica. É um direito de liberdade e de igualdade que não demanda ônus financeiro que comprometa o erário público e que, por isso, possa ser fragilizado.

¹⁰⁷³ Aqui se afirma como natural no sentido de ser *consequencial* a exclusão de minorias nos processos políticos tradicionais/clássicos pautados pelo princípio majoritário, de modo que é “esperado” que minorias não consigam mudar o status quo pelas regras do jogo estabelecidos pelas oligarquias. Todavia, a exclusão das minorias não é nada natural (no sentido de ser uma lei natural), mas uma construção social perversa de marginalização e exclusão. O Estado Democrático de Direito hoje, à luz da ocupação das Cortes Constitucionais por movimentos sociais, tem no processo jurisdicional (e com maior destaque no âmbito da jurisdição constitucional) um “espaço de luta ético-política, constitucional, por reconhecimento de novos sujeitos e direitos”, lugar esse onde “se busca construir e desdobrar permanentemente o sentido normativo de princípios e de direitos constitucionais” – o que é legitimamente potencializado quando “a arena formal de deliberação e decisão política se recusa a fazê-lo”. A positivação do direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas por parte do STF deu voz a atores sociais e políticos invisibilizados e silenciados pelos mecanismos políticos tradicionais, especialmente, pois, nesse caso, o controle de constitucionalidade como mecanismo de garantia de direitos, teve “o papel de retroalimentar o debate público” com “igualdade de participação política”. A positivação apresentada pelo STF, titularizou politicamente esses indivíduos e reconheceu plena cidadania e “direito de participação em igualdade do debate público” relativamente ao Direito das Famílias (BAHIA; VECCHIATTI, 2013, p. 82). Tal raciocínio encontra eco no pensamento de Castoriadis visto que o autor defende uma articulação de sujeitos, em uma dinâmica histórica, para a construção de uma sociedade justa, apta a superar as crises sociais e democráticas e, com isso, aperfeiçoá-las. O autor dispõe que em uma “democracia o povo é soberano, o que significa [que ele] faz as leis, e mesmo que a sociedade faça suas instituições, ela é autônoma e autoinstitui-se”. É possível extrair, dessa pontuação, o pressuposto da liberdade, fruto do reconhecimento do direito normativo garantidor da liberdade bem como da liberdade resultado da dialética histórica. O homem é livre mesmo que tenha instituído um Parlamento que lhe negue seu direito, portanto (CASTORIADIS, 2012, p. 219).

¹⁰⁷⁴ Aqui chama-se a atenção para uma preocupação de igualdade política e material que permita: (i) identificar na democracia representativa a existência de limitações à atuação da representação, considerando que nem todos são iguais politicamente e que a máxima “um homem, um voto” pouco representam no âmbito da desigualdade e relações de exclusão; (ii) perceber o distanciamento entre governantes e governados como um problema que foi “banalizado” e normalizado pela teoria e prática representativa que consolidou estruturas que ampliassem essa distância e essa desconexão atribuindo culpa exclusiva à uma “apatia política” e não à relações de dominações e privilégios; e (iii) perceber na

se pode separar a pessoa humana na condição de cidadã (pessoa política) e a pessoa humana na livre manifestação (e vivência) de sua orientação afetivo-sexual. Homem e cidadão não são dimensões passíveis de fragmentação¹⁰⁷⁵, são classificações adotadas por teorias políticas para momentos distintos, mas é salutar destacar que quando se pensa na dimensão democrática de esfera pública e privada, como limites institucionalmente construídos para promover a exclusão, demanda-se promover uma construção teórica e jurídico-política de integralidade. Sem considerar tais questões, a figura dos direitos humano-fundamentais “são vazios ou tautológicos” (partindo-se das reflexões de Burke e Hannah), vazios em razão que um homem sem pertencimento a uma comunidade nacional constituída não tem direito algum (sendo um “homem nu” de direitos e identidade) ou são redundantes no sentido em que são direitos de quem já pertence a um grupo dos que têm direito (RANCIÈRE, 2014, p. 75-76)¹⁰⁷⁶.

O Constitucionalismo Democrático, a partir de uma perspectiva teórica e interpretativa da Democracia substancial demonstra que é possível potencializar a participação crítica do povo no processo de significação do sentido constitucional, ainda que seja necessário o uso da mediação de alguma das instâncias institucionalizadas (Parlamentos ou Cortes) para que seja possível determinar um significado (ou consenso, por assim dizer) provisório¹⁰⁷⁷. O uso estratégico da jurisdição constitucional deve ser

democracia participativa ampliada uma possibilidade de potencialização das decisões políticas e de legitimação do Estado para a politização da sociedade e, com isso, buscar a fruição das igualdades material e política.

¹⁰⁷⁵ A crítica de Rancière está no fato que a classificação dual fragmenta o cidadão como alguém que pode ser ao mesmo tempo alguém sujeito de direito e “homem nu” desprovido de direitos, se essa premissa for verdadeira, não existem direitos humanos, apenas direitos nacionais, o que tornaria a dualidade homem e cidadão uma dualidade enganosa. Além disso, é possível acrescentar, se essa premissa fosse verdadeira, se tornaria impossível pensar em uma teoria democrática supra nacional.

¹⁰⁷⁶ Rancière se coloca em uma postura crítica quanto à divisão que Hannah Arendt e Burke fazem sobre direitos fundamentais e direitos humanos, nesse sentido afirmando que “[o]s direitos dos homens são vazios ou tautológicos, dizem Burke e Hannah Arendt. Ou então são direitos do homem nu. Mas o homem nu, o homem sem pertencimento a uma comunidade nacional constituída, não tem nenhum direito. Os direitos humanos são então direitos vazios dos que não tem nenhum direito. Eles são então simplesmente os direitos dos cidadãos dessa nação, os direitos dos que têm direitos, portanto, pura tautologia” (RANCIÈRE, 2014, p. 75-76). O autor ainda acrescenta que segundo Arendt e Burke “os direitos humanos são os direitos do cidadão ou os direitos do cidadão são direitos humanos, o que é uma tautologia” (2014, p. 79).

¹⁰⁷⁷ Esse escudo protetor evita que haja o uso de meios democraticamente estabelecidos para deturpar o próprio processo ou mesmo perseguir minorias e grupos vulneráveis (aspecto em que a jurisdição constitucional tem especial importância, não apenas no Brasil). Há, conforme destaca Barroso, um “razoável consenso [...] de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais”. A Democracia deve, tanto quanto a dimensão procedimental, possuir uma dimensão substantiva, onde se tenha como valor fundamental que cada indivíduo é titular de “igual respeito e consideração”, ou seja “tratado com a mesma dignidade que os demais” tendo seus interesses e opiniões considerados. A Democracia “inclui igualdade, liberdade e justiça” e, mais do que um “direito de participação igualitária”, deve significar que minorias e grupos vulneráveis “não estão desamparados e entregues à própria sorte” (BARROSO, 2018a, p. 2198-2199).

visto como mais uma forma de ampliar os espaços de deliberação democrática, pois provoca uma discussão coletiva articulada por diversos atores para a (res)significação do sentido constitucional. Esse uso estratégico permite levar determinadas demandas ao debate público e, com isso, sensibilizar outros espaços de decisão política.

Como destacado por Salgado e Cerqueira Neto, “um parlamento mais sensível ao processo deliberativo constitucional repercutirá no tribunal”, na medida em que “o parlamento não pode ser indiferente ao tribunal” se considerar “seriamente sua capacidade institucional para fornecer boas respostas sobre profundos desacordos de direitos”. Ao sensibilizar o Parlamento, o legislativo será coagido a se (re)colocar como uma real “arena deliberativa, que demonstre boa capacidade institucional de fornecer boas respostas constitucionais”, de modo a atender as demandas sociais e tornar a judicialização da política inócua. Um Legislativo mais amadurecido e produzindo respostas constitucionais mais adequadas “pressionará o tribunal a manter uma postura de integridade, observar as razões e os precedentes em busca de respostas bem fundamentadas sobre o significado da Constituição”, visto que “estará permanentemente tensionado a fornecer melhores argumentos”. Como muito bem colocado pelos autores, essa mútua influência gera tensão, mas uma tensão produtiva “entre legislaturas e tribunais, pode contribuir muito para o amadurecimento de uma democracia constitucional, levando a sério, a um só tempo, os direitos e a democracia” (SALGADO; CERQUEIRA NETO, 2016, p. 126)¹⁰⁷⁸. Pensar assim em uma legitimidade democrática instrumentalizada pela mediação dos poderes constituídos com a sociedade para conferir significado e limites de proteção aos direitos humano-fundamentais (especialmente, considerando minorias que são fragilizadas nos processos tradicionais de tomada de decisão) demanda entender que o problema da legitimidade envolve a complexidade do reconhecimento desses direitos.

Cattoni de Oliveira aponta que existe problema de legitimidade sobre “um direito que representa um ideal” quando esse direito é estabelecido como um note para

¹⁰⁷⁸ Hubner Mendes se manifesta de forma similar destacando que “[o] interlocutor judicial pode provocar atritos e desafiar o legislador a enfrentar um tipo especial de razão que nem sempre pesa nas decisões parlamentares. À medida que o legislador se nega a fazê-lo de forma transparente, ele desperdiça a credencial eleitoral de que dispõe para inovar com responsabilidade na esfera política. Isso não implica a obrigação de demonstrar a resposta correta, ou de encontrar uma que alcance a decisão consensual, mas de respeitar os ônus argumentativos de quem participa de um empreendimento deliberativo” (MENDES, 2008, p. 209). Acrescenta ainda o autor que “[s]e parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial” (MENDES, 2008, p. 212)

onde a “sociedade se aproxima, progressivamente”, quando esse direito só “se torne efetivo na medida em que se aproxime da sociedade como se esse direito não tivesse sido construído no interior da própria sociedade” ou “como se ele tivesse, literalmente, caído do céu, quando, na verdade, esse direito é uma construção social” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 75). Como amplamente apontado na Parte II da presente tese, a luta pelo reconhecimento da constitucionalidade das uniões homoafetivas não é uma demanda por um “direito novo”, mas pela positivação de uma instituição social (e que não se pode negar que existe e sempre existiu) para que ela saia da marginalidade.

Cattoni de Oliveira continua sua reflexão e esclarece que o problema quanto à legitimidade parece estar vinculado aos “mecanismos de mediação institucionais foram construídos e da mobilização social e política gerada em torno e por meio dessas instituições socialmente construídas”, visto que o “direito não é direito natural, é positivo, é histórico, é construído historicamente”. Logo, sempre haverá uma discussão a respeito da legitimidade e da legitimação do direito (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 75).

Gomes, ao examinar essa perspectiva de teoria democrática em Cattoni de Oliveira, aponta que o problema não é de substância normativa, mas nos processos de abertura de construção continuada para esse direito e os mecanismos institucionais que mediarão e asseguram a participação ampla da sociedade civil nesse processo. Assim, ao fixar que a Constituição se compõe de *idealidades imanentes à sociedade*, Gomes destaca a importância da valorização dos desdobramentos desse direito em suas potencialidades interpretativas reiteradas em uma postura de abertura permanente na sociedade. Então, permitir uma abertura permanente para que direitos (e decisões políticas, pode-se acrescentar) sejam contestadas em sua legitimidade, permite reforçar sua posição dentro de uma sociedade democrática, além de oferecer uma possibilidade de “abordagem mais adequada dos problemas em torno da pergunta pela efetividade”. É preciso, portanto, que a sociedade participe dos processos de tomada de decisão “que se referem ao Direito e à Constituição”, podendo “julgar definitivamente a si quanto à efetivação ou não daquele projeto que ela mesma insculpiu”, considerando-se que, nesse processo, se estabelece um “cenário de constitucionalismo democrático” fomentando a “continuada participação da sociedade no desdobrar-se desse projeto por ela insculpido”

no texto constitucional” que “já representa sempre, inelutavelmente, algo significativo de sua efetivação” (GOMES, 2019a, p. 492-493)¹⁰⁷⁹.

Para Cattoni de Oliveira, a construção dos conceitos de legitimidade e efetividade em uma democracia (por terem “referenciais objetivos” situados em “universos diferentes”) “permanecem, uma na outra, em um mesmo plano, numa tensão reciprocamente constitutiva e irreduzível”. Essa “tensão constitutiva” que forma o Direito e o significado da Constituição envolve um “caráter conflitivo da constitucionalidade no sentido de uma disputa ou controvérsia interpretativa com sentido normativo”, mas também uma “normatividade constitucional cuja concretização é atravessada internamente por uma disputa interpretativa e, portanto, política, sobre a autocompreensão da sociedade” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 07, 108)¹⁰⁸⁰.

A participação popular deve pressionar (de forma madura e crítica) a supremacia da Constituição perante os poderes constituídos, visto que ela “faz a ligação entre Direito e Política, ou seja, une os conteúdos de ambos para promover a democracia e o respeito aos direitos fundamentais, sendo um instrumento de combate à ditadura da maioria”. Tal cooperação deve se dar de forma responsável, de modo que a negação da supremacia da CRFB/88 se faça apenas “a partir de uma eventual ruptura institucional do Estado, isso porque ela traz um proeminente núcleo político”. Se a comunidade política brasileira deseja se manter no (e fortalecer o) Estado Democrático de Direito, deve valorizar os imperativos constitucionais, considerada sua “estrita ligação com a

¹⁰⁷⁹ Gomes assim se manifesta Na medida em que o direito, e mais especificamente a Constituição, é a tradução de uma transcendência socialmente imanente; na medida em que, por isso, uma Constituição moderna é a expressão de um projeto constituinte que articula passado, presente e futuro; na medida em que esse projeto é o projeto de uma sociedade que espelha de si mesma e para si mesma aquilo que pretende vir a ser no transcurso do tempo histórico; na medida, finalmente, em que a legitimidade diz respeito à abertura do direito, e da Constituição, em seus processos de interpretação e aplicação à participação ampla da sociedade civil, então um direito e uma Constituição que consigam assegurar legitimidade conseguem, em alguma medida elevada, assegurar também efetividade. (GOMES, 2019a, p. 492-493)

¹⁰⁸⁰ Gomes afirma que “[e]m cada uma dessas infinitas disputas interpretativas, o que se coloca em jogo é, sempre novamente, o sentido de e da Constituição – e essas disputas ocorrem ininterruptamente também quando o que se tem como objeto mais imediato não é o direito constitucional em sentido estrito, mas qualquer outro dos ramos do direito, uma vez que, na Modernidade, não há que se falar de direito algum internamente à ordem jurídica que não seja constitucional, que não seja direito constitucionalizado, isto é, lido em conformidade com a Constituição. Disputas pelo sentido da Constituição porque, em todas delas, o que se põe como indagação é o que nossa Constituição – no caso brasileiro, a Constituição de 1988 – afirma, permite, obriga. Disputas pelo sentido de Constituição porque, nessas indagações, encontra-se inarredavelmente o eco de indagações mais profundas, referentes ao constitucionalismo moderno como um todo: nunca é apenas uma questão sobre o que diz nossa Constituição, sempre é também uma questão sobre o que diz uma Constituição qualquer como Constituição, uma Constituição moderna, o constitucionalismo moderno, enfim. (GOMES, 2019a, p. 493)

efetivação dos direitos fundamentais, podendo-se dizer que é dele [o significado constitucional] inseparável” (GÂNDARA; CAMBI, 2017, p. 157-158).

A decisão jurídico-política de reconhecer constitucionalmente a legitimidade e validade das uniões homoafetivas “é ampla e a discussão dos efeitos gerados por ela ainda está longe de terminar”. Todavia, considerando se tratar de uma Democracia, trata-se de uma questão de significado em constante processo dialético a partir do consenso base já estabelecido pelo STF. Exatamente por ser um ambiente democrático, não deve ser tolerado, contudo, que se torne possível “a criação de cidadãos de segunda categoria, excluindo parte da população, mesmo que minoria, de direito básicos, como a proteção a família” (ROCHA; BAHIA, 2020, p. 301). A privação dessa liberdade, seja por procedimentos “formais” ou por manifestação popular de pressão, se configuraria um Estado não democrático e marginal à CRFB/88 – situação em que não há como o Direito exercer uma função política para garantir o direito das minorias. Retroceder, portanto, é renegar a Democracia Constitucional tão arduamente construída¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸¹ A Democracia crítica, com a participação do povo na construção do significado da constituição é valorosa para essa compreensão por permitir e oferecer espaço para que vozes plurais possam participar desse processo. O abandono de uma leitura exclusivista das instâncias representativas como *locus* de determinação do significado é relevante, pois, nessa perspectiva *zagrebelskyana* abandona-se tanto a sacralização da “voz das ruas”, como também abandona concepções que se arrogam como unitárias (e que facilmente podem incorrer em posturas totalitárias) sob o argumento de estar se representando a vontade do povo. Por óbvio assumir a relevância de uma perspectiva crítica da Democracia não apresenta respostas definitivas, ao contrário se mostra como uma abertura de horizonte de novos problemas e questionamentos. É um caminho, todavia, que permite equilíbrio, a incorporação de uma visão substantiva, sem prejuízo do olhar crítico sobre os procedimentos à luz de uma Democracia comprometida com sua Constituição. A postura estatal deve priorizar o avanço dos direitos humanos e seus princípios básicos, inclusive adotando tais princípios para pensar as políticas públicas, entre outros atos, que propiciem a realização progressiva desses direitos, que não promovam nenhuma forma de retrocesso e, entre outras coisas, centralize-se na obrigação de respeitar, proteger e cumprir direitos. Além disso, os Estados devem realizar progressivamente os direitos, o que implica agir em total oposição a qualquer medida que prive pessoas de direitos já estabelecidos. A doutrina sempre se volta, especialmente no que se refere à políticas públicas e tratando de direitos fundamentais sociais, que a realização progressiva e a vedação de retrocesso poderiam ser excepcionadas nas situações em que o Estado demonstrasse que promover esses direitos pudesse incorrer em dificuldades excessivas e comprovasse não possuir os recursos necessários (MURPHY, 2017, p. 04-05). É salutar considerar que, para Cattoni de Oliveira “[e]stando a legalidade, a legitimidade e a efetividade implicadas no próprio conceito de constitucionalidade, defendemos, a partir de uma teoria da sociedade em termos de teoria da comunicação, que uma constituição é legítima e efetiva enquanto o próprio sentido de e da constituição for objeto de disputa política na esfera pública, e não em função de uma suposta correspondência, em maior ou menor medida, entre um dado conteúdo constitucional e a realidade dos processos político-sociais. O direito é, assim, reconstruído como uma prática social, interpretativa, argumentativa, com caráter normativo e institucional, sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas que competem entre si para a sua compreensão; e o Direito Constitucional como a expressão contrafática de compromissos entre as forças políticas e sociais, num determinado momento da história, cujo sentido normativo se abre ao porvir das lutas por reconhecimento no interior da esfera público-política. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 118). Quando se trata de direitos civis (ou individuais) não há necessidade de aplicação de recursos para a manutenção desses direitos. O reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não demanda um gasto público significativo (não maior, mas igual ao destinado aos casais

CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

As mudanças na sociedade influenciam diretamente na conformação do sistema jurídico e político como dois sistemas que, a despeito de serem autônomos, exercem mútua influência tendo na CRFB/88 seu ponto de equilíbrio e confluência dialógica. Considerando-se que a liberdade e a igualdade são conquistas contínuas oriundas da sociedade em face desta e do Estado, o contorno da Democracia constitucional implica o reconhecimento de uma maior cota de responsabilidade da própria sociedade: uma cidadania (particip)ativa e crítica que assuma o protagonismo e a responsabilidade pelo estabelecimento da constelação de valores que foi historicamente sendo construída e que por decisão da comunidade política compõe a Constituição (como documento jurídico-político).

A sociedade contemporânea, marcada por desigualdades materiais e relações de poder que se institucionalizaram nas próprias arquiteturas estatais sob o argumento da Democracia, demandam uma postura constitucional que comporte valores que intercambiem mudanças e autoaperfeiçoamento da Democracia cidadã. Uma leitura puramente procedimental da Democracia ou que deposite fé unicamente nas arenas tradicionalmente políticas (representativas) ignora as motivações e fins que essas conformações institucionais historicamente tiveram. A teoria democrática e constitucional clássica não corresponde às necessidades de um país como o Brasil, por ser uma construção teórica que “banalizando a igualdade” (mas apenas aparente) no aspecto político, ignora deliberadamente a exclusão social (e política mesmo) sofrida pelas minorias.

O projeto de democracia constitucional presente na CRFB/88 é substantiva e é por esse projeto que a Democracia pode ser mais inclusiva, permitindo que a sociedade civil possa usar estrategicamente os procedimentos e ferramentas constitucionais para forçar os limites da própria democracia e articular dialéticas em que a população (e não representantes eleitos ou experts) apontem o rumo das discussões democráticas. A luta por liberdade (autonomia) e igualdade tem sido uma batalha comum por todo o Ocidente, e isso revela a importância do reconhecimento de novas arenas para discutir os significados constitucionais, permitindo que o uso estratégico do litígio permita a inclusão democrática. Essa é a orientação que a sociedade tem buscado, superando, a sociedade, o status quo institucional existente.

de sexo diferente) o que implica reconhecer que não há margem de flexibilização para a proteção desse direito. Assim, medidas de *backlash* legislativo são aprioristicamente inconstitucionais e ilegítimas.

A Constituição é um projeto aberto, e o protagonismo do povo em buscar fazer parte do processo de significação dessa Constituição é objeto de resistência. Esse poder de autocorreção, autoaprendizagem e autoadaptabilidade, torna o sistema jurídico e democrático em contínua transformação, mas transformação esta que está orientada para progressividade e aperfeiçoamento mediante as interações complexas com o meio social. A mediação dos poderes constituídos não deve silenciar a participação, mas apenas oferecer consensos mínimos que forneçam alguma estabilidade democrática.

É possível retomar a questão e buscar novos significados, considerando-se a CRFB/88 e a percepção que existe um flanco de proteção por conta do reconhecimento por parte do STF. Isso não impede que reações sociais e institucionais possam ocorrer. O *Backlash* é uma narrativa necessária para a construção do diálogo do constitucionalismo e da democracia e, como todo processo de construção do diálogo está passível de receber propostas de cerceamento das lutas das minorias e dos grupos vulneráveis já que a discordância faz parte dos espaços de construção democrática.

O reconhecimento das uniões homoafetivas pelas Cortes Constitucionais, democrática e constitucionalmente, em razão de um consenso mínimo (que se deu por perceber que havia um reconhecimento social e institucional prévio na cultura jurídico-política brasileira, e não uma decisão *ex nihilo*) está sob o princípio e o fundamento da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais, mesmo diante de eventuais movimentações de *backlash* social ou legislativo. A exclusão desse direito já positivado é, sob qualquer argumento racional e jurídico, considerando se tratar de um resultado de luta democrática em diferentes arenas, flagrante violação da Justiça Social e da Democracia Constitucional popular¹⁰⁸².

¹⁰⁸² O consenso provisório do controle de constitucionalidade pelo STF que reconheceu o de constituir família sem discriminação em razão da orientação afetivo-sexual e que tornou a união homoafetiva (casamento e união estável) parte de seu sistema de direito positivo e esse direito goza do princípio da vedação de retrocesso. Retroceder e revogar ou restringir esse direito incorreria em um processo de insegurança jurídica e intergeracional, uma vez que demonstraria a ausência da coerência e integridade do sistema democrático-constitucional, e negaria a construção da democracia e do direito como forças transformadoras da sociedade, deixando apenas claro que tanto a “aparência” de democracia quanto a sistemática jurídica são apenas instrumentos para elites e seus respectivos projetos de poder.

PARTE IV: DEMOCRACIA COMO CONQUISTA - Direitos constitucionalmente garantidos através da mediação política do Direito frente ao Efeito *Backlash* e a luta de significados da Constituição

Não importa o que a imprensa diga. Não importa o que os políticos ou as multidões digam. Não importa se o país inteiro disser que uma coisa errada está correta. Repúblicas são fundadas em um princípio acima de todos: A exigência de que nós temos que defender aquilo em que acreditamos, não importa quais sejam as consequências. Quando o povo, a imprensa ou o mundo inteiro disser para que você saia de onde está, o seu dever é se plantar como uma árvore à beira do rio da verdade e dizer para o mundo inteiro: Não. Saiam vocês.

Capitão América para o Homem-Aranha, em *Guerra Civil*.

CONCLUSÃO: A DEMOCRACIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO RISCO DE BACKLASH EM FACE DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: o uso (estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de inclusão

Foi a época da fé, foi a época da incredulidade, foi a estação da luz, foi a estação das trevas, a primavera da esperança, o inverno do desespero, tínhamos tudo diante de nós, tínhamos nada diante de nós

Charles Dickens, em *O Conto de Duas Cidades*.

Considerando a trajetória de investigação realizada, apresenta-se o momento para desenvolver a ratificação das ideias como forma de estabelecer as reflexões propostas no decorrer do relatório de pesquisa. Ainda que se tenha buscado explicar com profundidade tanto quanto possível, atribui-se a esse espaço uma concisão maior das ideias conclusivas para tornar a proposta geral mais compreensível. Não há pretensões de exaurir o vasto campo enfrentado: a judicialização do direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas em sede de Cortes Constitucionais amparadas no contexto da legitimidade democrática é parte de um fenômeno de ampliação dos espaços em uma Democracia crítica e (particip)ativa, onde a sociedade interessada usa as ferramentas constitucionais e a mediação dos poderes constituídos para abrir canais de construção do significado da Constituição e, com isso, da própria Democracia.

Partindo-se das hipóteses da pesquisa, no que tange às Cortes Constitucionais no contexto da positivação de direitos de minorias e grupos vulneráveis, por meio da jurisdição constitucional, é possível afirmar que são dotadas de legitimidade democrática para mediar a participação das minorias diante da ocorrência de omissão Parlamentar para que, em razão da natureza do tema, se garantam seus democráticos direitos humano-fundamentais negligenciados ou negados. Considerando a soberania popular que atribuiu ao Parlamento o dever constitucional de legislar, vislumbra-se, portanto, a hipótese de que a presença de elementos constitucionais seria capaz de conferir suporte hermenêutico para a decisão, configurando atuação das Cortes como mediação de ampliação da própria Democracia também foi confirmada.

A hipótese de que o *backlash* (como manifestação popular e legislativa) seja um sintoma possível e natural dentro de um debate democrático (promovendo a construção do significado da Constituição em uma perspectiva dialética) possui legitimidade como manifestação democrática de luta por atribuição de significado. Essa batalha, como parte de um processo que não pode prescindir de consensos mínimos presentes na Constituição ou do exercício de mediação dos Poderes Constituídos, implica reconhecer

que a narrativa do *backlash* se faz presente, mas não pode legitimar retrocessos democráticos (dado respeitar a constelação de valores e princípios que a comunidade política elegeu para si e para norteamento e limitação de suas próprias decisões).

Ainda é possível confirmar que a função política do Direito está presente no reconhecimento constitucional de direitos fundamentais (como o direito ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo) por Cortes Constitucionais e surge como sintoma benéfico do processo de adaptação da Democracia, como se esse fenômeno fosse uma resposta (construída a partir das lutas sociais por mais participação democrática e nos processos políticos) aos desafios do Estado Democrático de Direito o qual deve considerar, de forma coerente e íntegra: Democracia, Constituição, Minorias e Direitos Humanos. Não se trata de protagonismo da Corte, mas de legitimidade para mediar, pela gramática jurídica e pela política construída, a ampliação dos espaços de construção de significado¹⁰⁸³.

Não se pode ignorar que a política é realizada, também, como um movimento anárquico, quando é possível perceber por parte do agente (ou grupo) a busca por fugir de um determinado status quo ou procedimento estabelecido. O fazer político (ou agir político) envolve atuar de forma responsável e orientador para efetivação da Democracia (essa participativa, crítica, inclusiva) fundamentada nos direitos humano-fundamentais, com prevalência da liberdade (autonomia individual) e da igualdade (proteção das minorias e dos grupos vulneráveis).

O povo deve ser pensado na teoria constitucional e democrática como sujeito político dotado de legitimidade para articular a (sua) participação política e nesse sentido dar significado à dialética entre a construção de direitos (reivindicando novos

¹⁰⁸³ Se a Democracia é um sistema dinâmico *autorreflexivo*, dotado de *autoaprendizagem* e *autorreformulação*, não seria um equívoco (re) considerar o fato se a aplicação da separação dos poderes, tal como posto na realidade, é, ainda que flexibilizado e reformatado, adequado para a complexa realidade brasileira. Se é possível ler o dissenso nas multifacetadas demandas sociais como um aspecto identificável do jogo democrático e que tal aspecto não encontra no ambiente parlamentar arena isonômica de participação das diferentes pautas (visto que o Legislador deveria sê-lo não apenas para seu curral eleitoral, mas para a toda a sociedade, incluindo seus eleitores e não eleitores), é válido questionar onde estaria a fragilidade democrática (ou ausência de legitimidade) que essa parcela do *demos* ao buscar novas arenas de luta por igualdade. Essa parcela que é excluída, de fato e materialmente (ainda que formalmente), de uma real representação no Parlamento se vê forçada a buscar outros espaços oficiais de debate e posicionamento do Estado, nesse caso vislumbrando essa nova arena junto ao Estado Juiz, ou seja, as arenas judiciais das Cortes Constitucionais. É uma conclusão lógica estabelecer que, se a Democracia é um sistema complexo, seria racional reconhecer que a valorização central da Constituição e da própria Democracia como resultados desse processo de *autoaprendizagem* e de *adaptação*. Nesse mesmo sentido, a valorização de princípios a partir do (neo)constitucionalismo é um sintoma de adaptação da Democracia para ampliar o escopo de tutela do ambiente (material e efetivamente) democrático de participação. As Cortes mantêm a deferência quanto à participação popular de modo a extrair das leis um significado atual.

direitos, novos espaços, fruições de direitos etc.), os movimentos políticos e as instituições constituídas. A Democracia brasileira foi formatada (com a construção conjunta do Parlamento e Supremo Tribunal Federal¹⁰⁸⁴) para se adaptar aos dilemas e aos paradigmas sociais, respondendo ao processo histórico de reconhecimento e *empoderamento* de grupos minoritários construindo uma lógica conciliadora dessa complexidade, mas que à luz das teorias tradicionais incorreriam em contradições flagrantes. Ao perceber que liberdades (legítimas) poderiam ser cerceadas por mecanismos pretensamente democráticos fundados na lógica majoritária (poliárquicas, portanto), a Democracia foi objeto de uma nova arquitetura¹⁰⁸⁵ que limitara os antigos discursos em benefício do pleno exercício da liberdade como valor intrínseco e inseparável da dignidade humana. Essa nova arquitetura fora forjada com lutas sociais e litígios estratégicos que destacam a fragilidade do sistema em sua leitura clássica.

Nesse sentido, é possível pensar em uma Democracia emancipatória que teria a universalidade dos direitos humanos como direitos globais, atribuídos para todas as pessoas humanas (que são sujeitos políticos). Nessa proposta, a responsabilidade compartilhada de todos na dimensão interna dos Estados se torna uma exigência à luz dos ideais de (maior) liberdade e (maior) igualdade como valores significativos. Trata-se, nesse sentido, de compreender que a Democracia é um compromisso coletivo (interno e internacional) com a emancipação universal, assegurando-se a todas as pessoas humanas igual gozo dos direitos (humanos e fundamentais) em um enquadramento normativo. Além disso, nunca é demais reforçar que, atualmente, à luz da CRFB/88, passou a ser uma obrigação de todos na dimensão da esfera pública (nos poderes, arenas políticas) que se coloquem as desigualdades e exclusões como objeto de combate, discussão e questionamento¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁴ Não se olvida a participação do executivo em consonância com legislativo e judiciário nesse processo, mas o destaque se dá sobre os dois poderes por força do embate teórico e das narrativas de legitimação da construção do direito normalmente apenas centradas (e limitadoras) na produção legislativa.

¹⁰⁸⁵ Essa arquitetura passa por reconhecer que a democracia se desenvolve progressivamente ampliando seus horizontes com base em fundamentos históricos, sociais e jurídicos (conforme destacado na Parte II da presente tese) e pela consolidação de valores do Estado Democrático de Direito e da Constituição no processo criativo de positivação das supremas cortes à partir da hermenêutica dos controles de constitucionalidade (que recebem especial destaque na Parte III da presente tese).

¹⁰⁸⁶ Essa ressalva é válida tanto para matérias eminentemente de interesse público (a praça) como questões que reflitam em exclusão e desigualdades na esfera privada (casa), como a questão dos direitos de minorias que são negados em dimensões íntimas e particulares. O reconhecimento do casamento igualitário e a legitimação dos novos arranjos familiares são, por exemplo, questões essencialmente particulares que envolvem o gozo dos direitos/princípios de liberdade (relacionar-se com quem desejar) e igualdade (receber o mesmo reconhecimento por parte do Estado – na dimensão vertical dos direitos humanos, bem como da sociedade – dimensão horizontal dos direitos humanos).

A pesquisa buscou demonstrar, e, com isso, contribuir para a área acadêmica da Teoria do Constitucionalismo Democrático dentro de uma perspectiva das minorias e dos grupos vulneráveis. Na concepção contemporânea, a interpretação e a aplicação do Direito, dentro do ambiente democrático constitucional (na configuração baseada na proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos), oferecem subsídios para construir e consolidar uma nova sintaxe representativa de ideais racionais e civilizatórios.

A discussão envolvendo a positivação de direitos fundamentais e a ocorrência de *backlash(es)* parte de uma postura, muitas vezes, iconoclasta, por ser necessário superar dogmas e axiomas clássicos e sacralizados que povoam o imaginário teórico e argumentativo quando se tem por objeto a Democracia, soberania popular, constitucionalismo, interpretação constitucional e controle de constitucionalidade, minorias e protagonismo judicial. A pesquisa buscou demonstrar que, (i) a despeito do Supremo Tribunal Federal ser falível, (ii) o Parlamento não ser a “voz da sociedade”, (iii) que a vontade da maioria não é um poder soberano, (iv) que a Democracia não está limitada à uma participação eleitoral e (v) que a Separação dos Poderes pode e deve ser relativizada para a proteção de minorias e para a realização da Constituição democraticamente estabelecida a superação dessas limitações está na forma como a luta social precisa promover uma constante tensão (no âmbito do Direito e da Política) com os poderes constituídos para que se oportunizem avanços democráticos.

Dogmas e axiomas de supremacia precisam ser postos à prova considerando a realidade¹⁰⁸⁷, permitindo que a atividade jurídica receba valores propositivos capazes de aperfeiçoar o sistema jurídico de modo a efetivar uma Democracia de fato e constitucionalmente orientada.

A pesquisa buscou alcançar uma importância social, ao demonstrar que a luta pelo reconhecimento não é apenas local ou nacional, mas se apresenta como uma pauta essencialmente humana. A proposta de “blindagem” dos ganhos em matéria de direitos humano-fundamentais no âmbito das Cortes Constitucionais, aspira a ser parte de um processo maior de busca por soluções jurídicas que integrem Direito, Democracia e realidades sociais para que hoje e no futuro, a teoria jurídica sirva à um propósito real de Justiça. A adaptabilidade do sistema jurídico brasileiro se faz notar com a adoção do

¹⁰⁸⁷ Sob pena de se constituir um discurso vazio de significado por se basear em teorias clássicas e utópicas que destoam do mundo, e, por esse distanciamento, não corroborem para a triangulação necessária entre a construção da norma em abstrato, dos fatos concretos e dos valores (sociais, históricos, filosóficos etc.) que orientam essa dialética.

sistema de precedentes que confere ao processo maior estabilidade decisória e maior transparência dos fundamentos, potencializando o debate democrático e amadurecendo a Democracia constitucional.

Some-se que a pesquisa buscou agregar na compreensão ampla e plural dos fenômenos contemporâneos contribuindo para o encontro de justificações razoáveis e constitucionalmente sustentadas dentro da teoria democrática. Nesse sentido, atuando para que lacunas legislativas possam ser preenchidas pelo uso de uma interpretação analógica e *criativa* (no sentido de ser o controle concentrado de constitucionalidade um espaço de criação do Direito), sem que se acentuem as tensões entre Corte Constitucional e Parlamento.

A concepção de que minorias pouco poder possuem nas arquiteturas de Poder tal como estão postas é chave para observar que não se pode ganhar em um jogo cujas regras foram engenhosamente pensadas para favorecer grupos estabelecidos. Essa cosmovisão deve dar lugar a uma compreensão de uma superação retroalimentada da própria construção do ideal de Justiça que foi sendo consolidado no Direito Constitucional e Internacional e em diversos espectros da Política e das dinâmicas sociais. Cabe acentuar a compreensão de que a Democracia é um processo de participação social, que não se restringe ao processo eleitoral, o que vale dizer, não permite reducionismos interpretativos no sentido de que não se dá ao Parlamento um cheque em branco para determinar os rumos do país.

As teorias constitucional e democrática se mostram como um fascinante paradoxo jurídico por terem uma natureza prioritariamente (originariamente) nacional, mas que, com o estabelecimento da Pós-Modernidade (o que acaba gerando a necessidade de uma epistemologia política e jurídica da pós-modernidade), se tornam cada vez mais um debate amplo por não mais se ligarem a determinados governos, mas sim a um fenômeno quase que global.

O processo de judicialização do tema referente às uniões homoafetivas se fez em diferentes nacionalidades, largamente amparadas por princípios constitucionalmente previstos, como o princípio da não discriminação, liberdade, igualdade e dignidade humana. Em todos os casos analisados, a teoria da separação dos Poderes, a regra da maioria e a legitimidade democrática foram, em alguma medida, discutidos quando a racionalidade jurídica das Cortes se sobrepôs às paixões conservadoras e excludentes dos Parlamentos e das maiorias discriminatórias. Quando se observam paralelos visíveis e identificáveis sobre o assunto (o que o coloca como uma pauta global), mesmo em

diferentes contextos sociais, jurídicos e políticos, é inegável a existência de uma legitimidade transnacional do reconhecimento à união homoafetiva (como uma manifestação do direito fundamental ao casamento) como uma instituição reconhecida pelo sistema jurídico. Isso implica reconhecer que, se há um caráter de universalidade nos direitos humanos, o direito ao casamento livre e igualitário (sem discriminações por orientação afetivo-sexual) é um direito humano-fundamental que não pode ser negado para pessoas homossexuais. A negativa representa a contradição de qualquer perspectiva democrática, constitucional ou lógica que tenha uma validação histórica e social.

O tema da união homoafetiva e seu tratamento jurídico à luz da teoria constitucional e democrática se estabelecem não como um problema unicamente brasileiro, mas global, e ainda que as reflexões na presente tese tenham especial e principal foco na Cultura do Ocidente –com pontuais análises, como a jurisprudência constitucional indiana no reconhecimento do princípio do não retrocesso de direitos fundamentais e do caráter progressivo dos direitos fundamentais reconhecidos –, há que se reconhecer ser de interesse científico e social um intercâmbio contínuo e crítico das experiências nacionais em uma perspectiva internacional.

Observar a experiência estrangeira no que se refere à construção de sua jurisprudência constitucional é elemento agregador do desenvolvimento de uma teoria mais ampla e completa sobre uma concepção crítica da Democracia e de um constitucionalismo democrático norteado por um ideal de Justiça tão universal quanto possível. Análises comparadas sobre a constitucionalidade das leis podem oferecer, do ponto de vista histórico e argumentativo, novas leituras sobre conceitos que podem ser ressignificados à luz das mudanças sociais, locais e globais. Por essa razão, o estudo de caso do *Backlash* nas Bermudas se mostra tão relevante, visto que os debates e as discussões locais, no contexto europeu ou no norte-americano, especialmente, ligados ao *backlash* como uma reação à decisão judicial, podem contribuir para consolidar uma progressão do direito ao casamento para casais do mesmo sexo.

A participação democrática no âmbito das decisões judiciais se faz presente por meio dos debates que a judicialização de temas políticos provoca. Há ampla participação da sociedade civil organizada na racionalização de questões políticas e jurídicas, dado suas relevantes implicações sociais. O corpo de ministros que compõe a Corte (STF), nesse sentido, de forma igualitária (pois se trata de um princípio processual a paridade no tratamento dado pelo Estado-Juiz), deve ser imparcial. O

convencimento dos ministros da Corte Constitucional Brasileira é influenciado pela participação popular e pelas razões de fato e de direito apresentadas nos debates¹⁰⁸⁸.

A judicialização da política democratiza o debate em diversas dimensões. Se democracia é participação, a judicialização dessas demandas oportuniza, muitas vezes, até mais que o Parlamento, a discussão racional por meio da contribuição de todos os que tenham potencialmente interesse nas questões postas. O controle de constitucionalidade e a positivação por meio da interpretação constitucional, por essência e consequência, estão fundamentados exatamente nessas premissas. O Parlamento (Assembleia Constituinte) promulga a Constituição que fundamenta a positivação de direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal. É uma questão de lógica e percepção racional desses elementos¹⁰⁸⁹.

O reconhecimento de um status de direito fundamental positivado pela hermenêutica em sede de controle concentrado de constitucionalidade confere legitimidade às uniões homoafetivas imbuindo-lhes de um caráter de irrevogabilidade. Esse manto de irrevogabilidade não se dá por força de uma “supremacia judicial”, mas por força da “supremacia constitucional” e da aplicação de princípios, bem como da constelação de valores construídos tanto no sistema jurídico brasileiro (especialmente a partir da CRFB/88), como também no direito internacional à luz dos direitos humanos. São perceptíveis as correlações lógicas e racionais da legitimidade pleiteada pelas minorias no que tange à fruição do direito ao casamento com liberdade e igualdade em uma perspectiva não apenas formal, mas material. Sem a efetiva realização de direitos que são reconhecidos como parte natural da vida social e da dignidade da pessoa humana, aos homossexuais é negada a possibilidade de autorrealização que é uma promessa da democracia e do Estado Democrático de Direito.

É preciso ter claro que o reconhecimento da união homoafetiva a partir da interpretação constitucional é uma questão de perceber que a Constituição possui um papel simbólico e transcende o mero texto legal, razão pela qual a presença de um texto

¹⁰⁸⁸ A decisão da corte deve ponderar as razões trazidas ao processo, mas o Judiciário, por não estar atrelado ao jogo existente na arena política de competição pelas “graças” da população, não se vincula aos interesses públicos, mas sim ao que a primazia constitucional, dentro de sua interpretação hermenêutica (constitucional, nunca é demais reforçar), estabelece.

¹⁰⁸⁹ Não se trata de engessar a jurisprudência (sob pena de se incorrer em injustiças e também negar a cientificidade presente no processo decisório), nem de permitir qualquer tipo de decisão sem fundamentos (o que claramente não é o caso da decisão que reconheceu a união homoafetiva). No mesmo sentido está a produção legislativa. A questão defendida não é seu engessamento, mas a necessidade de se construir uma integridade holística dentro do sistema jurídico nacional, à luz dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos (sejam explícitos ou implícitos).

inconstitucional dentro da constituição deve ser afastado para dar espaço a uma interpretação conforme a Constituição e não conforme um dispositivo específico e que, sem ressalvas, se encontra datado e distante da realidade brasileira, da doutrina e dos direitos humanos. O reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso de direitos como mecanismo central (obviamente ao lado da dignidade da pessoa humana) desse debate sobre os direitos de minorias diante do efeito *backlash* significa estabelecer e reconhecer a coerência normativa, científica, principiológica e de supremacia da Constituição.

Aspecto conclusivo: O amadurecimento democrático pela dialética histórica e uso estratégico das Cortes Constitucionais como possível chave para superação das contradições no Estado Democrático de Direito com relação às minorias em uma perspectiva inclusiva. Seria impossível uma participação cidadã sem mediação dos poderes constituídos no estágio atual de coisas. Igualmente a necessidade de utilização das arenas da jurisdição constitucional potencialmente será apenas paliativa até que o diálogo entre a sociedade e instituições se amadureça com novas rodadas de significado tornando os Parlamentos mais responsivos e a sociedade mais amadurecida.

Não é demais reforçar que reconhecer a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais sobre uniões homoafetivas (e com o conseqüente reconhecimento de sua positivação) não “desequilibra” os mecanismos de freio e contrapesos, colocando o Judiciário em posição superior. Qualquer conclusão racional à luz da Ciência Jurídica apenas conduz à necessidade (se não obrigatoriedade) de se garantir que o Direito permita conduzir a sociedade rumo ao seu horizonte civilizatório. Um olhar macro sobre a situação de fragilidade e de vulnerabilidade de minorias e grupos vulneráveis reforça a necessidade da construção de uma teoria jurídica atualizada aos problemas do mundo contemporâneo e do tempo presente, que não mais se satisfazem com teorias clássicas. Igualmente, teorias utópicas e idealistas de Democracia apenas reiteram a situação de subalternidade em que grupos marginalizados (jurídica, social e culturalmente) historicamente sofre(ra)m.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. **Dados**. Rio de Janeiro, Iuperj, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-34. Disponível em: <https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizacao-sergio-abranches.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2019.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão e Crise de Governança. **Conjuntura Política**. Belo Horizonte, Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP, Departamento de Ciência Política – UFMG, n. 26, jun. 2001.

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção dos direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 116, p. 645-668, jan/dez 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156674> Acesso em 19 de jan de 2020. Doi: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v113i0p645-668>.

ALBRECHT, Nayara F. Macedo de Medeiros. Teorias da democracia: caminhos para uma nova proposta de mapeamento. **BIB**, São Paulo, n. 88, p. 01-24, 2019.

ALBUQUERQUE, Armando. Teorias Democráticas Contemporâneas. In: TOSI, Giuseppe (org.). **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos e relações internacionais**. v. 2, João Pessoa: Editora da UFPB, 2013. Disponível em: http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2016/03/EBOOK_BOBBIO_VOL2.pdf Acesso em 15 de janeiro de 2019.

ALEGRE, Susie. **Draft Submissions relating to the contravention of the European Convention on Human Rights (ECHR) by the Bermuda Domestic Partnership Act 2018** – The living instrument principle and the principle of non-regression in international human rights law. 01.05.2018. Doughty Street Chambers, 2018. Disponível em: <https://www.islandrights.org/wp-content/uploads/2018/06/Submissions-relating-to-the-contravention-of-the-European-Convention-on-Human-Rights.pdf> Acesso em 02 de março de 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **A proteção da pessoa humana no Direito Internacional: conflitos armados, refugiados e discriminação racial**. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2018.

ALMEIDA, Ronaldo de. Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. **Novos estudos** CEBRAP, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 185-213, Abril. 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-

[33002019000100010&lng=en&nrm=iso](https://doi.org/10.25091/s01013300201900010010). Acesso em 22 de set de 2019. Epub May 06, 2019. <http://dx.doi.org/10.25091/s01013300201900010010>

ALVES, Angélica Rodrigues. **Mordendo pedras: o debate silenciado dos movimentos de redução da maioria penal**. 2018a. 178 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2018a. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11814-angelica-rodrigues-alves/file>. Acesso em 28 de julho de 2019.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. 126 f. Dissertação (Mestrado) do Programa de Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. 2009.

ALVES, Fernando de Brito. Prefácio. **Reconhecimento Jurídico-social da identidade LGBTI+**, de Marco Antonio Turatti Junior. 1 ed. Curitiba: Appris, 2018a.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948/966>. Acesso em: 24 de junho de 2018. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n1p124-134>.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca da. Crise da Democracia Representativa e a Função Política do Judiciário: é o Judiciário a “tábua de salvação” da Democracia?. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**.v. 35.3, p. 165-179, jul/dez. 2015.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; DINIZ, Lucas Thainan Mendes. História, Democracia e Pensamento Crítico na Aplicação dos Direitos Fundamentais. **Revista Em Tempo**. v 15. p. 35-54. Marília, 2016.

ALVES, Fernando de Brito; SERRA, Janaína de Oliveira de Oliveira. COMO OS JUÍZES DECIDEM: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO REALISMO JURÍDICO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 30, p. 391-404, jun. 2019. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1605>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i30.1605>.

AMARAL, Renato Rossato. **Discriminação por orientação afetivo-sexual no ambiente de trabalho: um estudo da jurisprudência dos Tribunais do Trabalho**. 2017. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade

Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3131/5/Renato%20Rossato%20Amaral.pdf>. Acesso em 03 de mar de 2019.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica IV: Os Hábitos e as Virtudes; Os Dons do Espírito Santo; Os Vícios e os Pecados; A Lei Antiga e a Lei Nova; A Graça.** São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** (trad) Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ATWOOD, Margaret. **O Conto da Aia.** Tradução de Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais do STF no controle de constitucionalidade:** ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da Justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista dos Direitos Fundamentais e Democracia.** Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul/dez. 2014. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/552>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

BAGEMIHLE, Bruce. **Biological Exuberance – Animal Homosexuality and Natural Diversity.** Nova York: St. Martin's Press. 1999.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como Instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV,** [S.l.], v. 9, n. 1, p. 65-92, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20890/19615>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BOMFIM, Rainer. O Estado Brasileiro pode ser Responsabilizado Internacionalmente pela Omissão em criminalizar a LGBTIfobia? In: III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2019, Curitiba. **Direitos Humanos e Teoria da Democracia - Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política.** v. 4. p. 253-274. Belo horizonte: Arraes, 2019. Disponível em: https://53705d70-6ab8-4a16-9369-32755df8015b.filesusr.com/ugd/f4d95c_bd512dc367f541d4916152f9797aa8db.pdf

BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha e. Reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: o horizonte de sentido e o sentido do horizonte do Direito Constitucional pós-ADPF 123/ADI 4277. Por que sim Habermas?. In: Ferraz, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão; Onmatii, José Emílio Medauar; Vecchiatti, Paulo Roberto Lotti. (Org.). **Diferentes, mas iguais**. Estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Coleção Teoria Crítica do Direito. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 3, p. 231-258.

BARACHO, Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, p. 69-170, 2004. Disponível em <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3> Acesso em 27 de janeiro de 2020.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Cidadania dos homossexuais. In: **A adoção em relações homoafetivas** [online]. 2nd ed. rev. and enl. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016, p. 69-100. Disponível em <http://books.scielo.org> Acesso 15 de junho de 2019.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. O Supremo Tribunal Federal como policy-maker: entre a soberania do parlamento e a supremacia da constituição. **Conexão Política**, Teresina, v. 4, n. 1, p. 65-79, jan./jun 2015.

BARBOSA, Samuel. Constituição, democracia e indeterminação social do direito. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 33-46, Julho de 2013. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a04n96.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2019. <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200004>.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo Abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, p. 79-97, 26 mar. 2019. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641> Acesso em 30 de setembro de 2020.

BARKER, Nicola. Why Bermuda's ban on same-sex marriage will not live happily ever after. December 19, 2017. **The Conversation**. 2017. Disponível em: <http://theconversation.com/why-bermudas-ban-on-same-sex-marriage-will-not-live-happily-ever-after-89100> Acesso em 20 de janeiro de 2020.

BARROS FILHO, Mario Thadeu Leme de; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direitos do Homem ou do Cidadão? O direito a ter direitos. In: **Direito Internacional dos Direitos Humanos** [recurso eletrônico on-line] Coord. Antônio Marcio da Cunha Guimarães, Eduardo Biacchi Gomes e Margareth Anne Leister, CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 08-22. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bc047286b224b7bf>. Acesso em 18 de junho de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018a.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, p. 23-50, Brasília: 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, Out 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n4/2179-8966-rdp-9-4-2171.pdf>. Acesso em 13 de set de 2019. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011b. Disponível em <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/242>. Acesso em: 07 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Cadernos [Syn]Thesis**, v. 5, n 1, Junho/2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em 10 de dezembro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARZOTTO, Fernando Luiz. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: FILHO ALMEIDA, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana**: Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

BBC BRASIL. Cientistas encontram esqueleto de homem pré-histórico homossexual, 07 de abril de 2011. **Último Segundo** (Portal iG: ciência). 2011. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/ciencia/cientistas-encontram-esqueleto-de-homem-prehistorico-homossexual/n1300033329279.html> Acesso em 15 de julho de 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 33, p. 5-16, Ago. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BENHOSSI, Karina Pereira; FACHIN, Zulmar. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPONSABILIDADE: uma análise da colisão entre a liberdade de expressão, informação e pensamento versus inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem. In: **DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA III**. 23ed., p. 131-160, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=76acf9c0acf57f40> Acesso em

BENINE, Renato Jaqueta. **Lobbying do terceiro setor na democracia**: tratamento constitucional. 181 f. Dissertação (Mestrado Direito Político e Econômico) Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: 2011. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1035/1/Renato%20Jaqueta%20Benine.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2019.

BERMUDA. **Domestic Partnership Act 2018**. Hamilton, 2018a. Disponível em: <http://www.bermulalaws.bm/laws/annual%20laws/2018/acts/domestic%20partnership%20act%202018.pdf>

BERMUDA. Government of Bermuda. **Bermuda Constitution Order**. Hamilton, 1968. Disponível: <http://www.bermulalaws.bm/laws/Consolidated%20Laws/Bermuda%20Constitution%200Order%201968.pdf> Acesso em 22 de janeiro de 2019.

BERMUDA. Supreme Court. **R Ferguson v AG & OutBermuda et al. v AG [2018] SC (Bda) 46 Civ (6 June 2018) 2018c**. Disponível <https://www.gov.bm/sites/default/files/Judgment%20Summary-Ferguson-v-A-G-OutBermuda%20and%20Jackson-v-A-G%20%281%29.pdf>

BERMUDA. Supreme Court. **Judgment: Winston Godwin and Greg Deroche v. The Registrar General et al. [2017] S.C. (Bda) 36 Civ**, em 5 de maio de 2017.

BERMUDA. Supreme Court. **R Ferguson v AG & OutBermuda et al. v AG [2018] SC (Bda) 45 Civ, 2018**. (complete) 2018b. Disponível em: <https://www.gov.bm/sites/default/files/Final%20Judgment-Ferguson-v-A-G-OutBermuda%20and%20Jackson-v-A-G%20%285%29.pdf>

BERMUDA. Supreme Court. **Rules of the Supreme Court**. Hamilton, 1985. Disponível em: <http://www.bermulalaws.bm/Laws/Consolidated%20Laws/Rules%20of%20the%20Supreme%20Court%201985.pdf> Acesso: 09 de fevereiro de 2019.

BERMUDA. The Court of Appeal for Bermuda. *The Attorney General v Roderick Ferguson et al. [2018] CA (Bda) 32 Civ*, 23 November 2018. 2018d. Disponível em: <https://www.gov.bm/sites/default/files/The-Attorney-General-v-Roderick-Ferguson.pdf>. Acesso em 09 de fevereiro de 2019.

BERNEWS. OUTBermuda: 53% Favour Same-Sex Marriage, 17.09.2020. **Bernews.com**. 2020. Disponível em: <https://bernews.com/2020/09/outbermuda-53-favours-sex-marriage/> Acesso em 14 de out 2020.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BISHIN, Benjamin G; HAYES, Thomas J.; INCANTALUPO, Matheus B.; SMITH, Charles Anthony. Opinion Backlash and Public Attitudes: Are Political Advances in Gay Rights Counterproductive?. **American Journal of Political Science**, v. 60, n° 3, p. 625-648, julho de 2016.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. Ética, cidadania e Constituição: o direito à dignidade e à condição humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 8, p. 125-155, jul./dez. 2006. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-125-Eduardo_Bittar.pdf Acesso em 05 de novembro de 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAT, Debora; SCHIRMER, Laura Auler. EMENDA À CONSTITUIÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM EXAME DA POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA ATRAVÉS DA INICIATIVA POPULAR. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 25, p. 61-86, jul/dez. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/816>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i25.816>.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. **Estudos Avançados**. v. 22, n. 62, p. 195-206, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v22n62/a13v2262.pdf> Acesso em 18 de setembro de 2020.

BORGES, Lenise Santana. **Repertórios sobre lesbianidade na novela *Senhora do Destino*: possibilidades de legitimação e de transgressão**. 2008, 182 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em:

https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/Tese_Lenise_PDF.pdf?1409318623. Acesso em 18 de mar de 2019.

BOSWELL, John. *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualidad, Los gays en Europa occidental desde el comienzo de la Era Cristiana hasta el siglo XIV*, Biblioteca Atajos I, Muchnik Editores SA, Barcelona 1998. [Traduzido do inglês por Marco Aurelio GALMARINI]. <https://jicaravias.files.wordpress.com/2017/11/boswell-john-cristianismo-tolerancia-social-y-homosexualidad.pdf>

BOTALLO, Eduardo Domingos. TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: antecedentes históricos e principais aspectos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 25-46, jan/dez 2007.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTELHO, Marcos César. O Procedimentalismo em Alexy e papel da Corte Constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 37-52, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/126/126>. Acesso em: 03 dez. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v10i10.126>.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2000.

BRANDAO, Assis. Bobbio na história das idéias democráticas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 68, p. 123-145, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n68/a05n68.pdf>. Acesso em 20 Out. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000300005>.

BRASIL, Ana Larissa da Silva; GOMES, Robson. A teoria da separação dos poderes e a supremacia: o Supremo Tribunal Federal na Constituição cidadã. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 99-117, ago. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em 09 de março de 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Nº 9151/2010 - WM (Recurso Extraordinário nº 607562/PE)**, do Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto. Brasília-DF, 22 de julho de 2010. Relator: Min. Eros Grau/STF. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309348&tipoApp=.pdf>. Acesso em 10 de dez de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3367/DF**. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Diário da Justiça, Brasília, 5 out. 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 183/DF**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de agosto de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266240>. Acesso em 23 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da denegação de Habeas Corpus para a concessão de liberdade ao paciente Siegfried Ellwanger, acusado pelo crime de racismo**. Habeas Corpus 82.424/RS. Siegfried Ellwanger Castan. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>. Acesso em 12 de jan. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível nº 598362655**, Oitava Câmara Cível, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Data do julgamento: 01/3/2000. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5653002/embargos-infringentes-ei-70030880603-rs/inteiro-teor-101942439?ref=juris-tabs> Acesso em 15 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70001388982**. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001 Disponível em:

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. INSS deve equiparar homossexuais e heterossexuais em todo o país. 27.07.2005. **Notícias**. 2005. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=4714. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. **RESP196 - Recurso Especial n. 196 – RS**. Publicado: 08.08.1989. Disponível em: <http://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/resp-196>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

BRAZ, Marcelo. O golpe nas ilusões democráticas e a ascensão do conservadorismo reacionário. **Serviço Social e Sociedade**. São Paulo, n. 128, p. 85-103, Jan/Abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n128/0101-6628-sssoc-128-0085.pdf>. Acesso em 06 de janeiro de 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/0101-6628.095>.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRILHANTE, Joana. **Bermuda's Triangle: The Crash of LGBTQ+**. 2018. 17 f. Artigo (Atividade da disciplina: Rights. Human Rights, Development Policies and Globalizations: Contradictions and Alternatives) do Human Rights in Contemporary Societies do Centre for Social Studies da Universidade de Coimbra, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38083002/Bermuda_s_Triangle_The_Crash_of_LGBTQ_Rights Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

BRINGEL, Elder Paes Barreto. **O princípio da soberania popular e a questão das minorias**: a legitimidade das decisões contramajoritárias à luz da filosofia política do reconhecimento. 2015, 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2015. Disponível em: http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/558/1/elder_paes_barreto_bringel.pdf Acesso em 14 de set 2020.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMILO, Christiane de Holana. *Compliance* aplicado às opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos: viabilidade do efeito vinculante. **Revista do Ministério Público de Goiás**, n. 35, p. 117-130, jan/jun. 2018. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/10artigo16FINAL_Layout_1.pdf Acesso em 16 de jan de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Eudald. **Prólogo**. In: BREY, Antoni; INNERARITY, Daniel; MAYOS, Gonçal. *La Sociedad de La Ignorancia y otros ensayos*. Livros Infonomia, Barcelona, 2009.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF**: limites, possibilidades e consequências. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2017a.

CARDINALI, Daniel Carvalho. Direitos LGBT e Cortes Constitucionais Latino-americanas: uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UERJ**, n. 31, p. 25-68, jun/2017b.

CARPENTER, Humphrey. **As Cartas de J.R.R. Tolkien** (Carta 52). Curitiba, Arte e Letra Editora, 2006.

CARROLL, Aengus. **State-sponsored homophobia** – a word survey of sexual orientation laws: criminalization, protection and recognition. ILGA, 11 ed. Genebra: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2017. Disponível em: https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf Acesso em 19 de dez de 2019.

CARVALHO NETO, João Batista de. Família homoafetiva: albergue de direitos humanos no âmbito da família contemporânea. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos – RIDH**, Bauru, v. 1, n. 1, p. 147-170, dez. 2013. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/160>. Acesso em 19 de mar de 2019.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTANHO, William Glauber Teodoro. **Nem Sempre Foi Assim**: Uma contribuição marxista ao reconhecimento da união homoafetiva no STF e à autorização do casamento lésbico no STJ. 112 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CASTILLO-ORTIZ, Pablo. The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe. **European Constitutional Law Review**, n. 15, v.1, 48–72, 2019. (arquivo pessoal, pasta Material).

CASTORIADIS, Cornelius. **A ascensão da insignificância**. Trad. Carlos Correia de Olivera. Lisboa: Bizâncio, 2012.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CASTRO, Felipe Galvis. Restricciones Presupuestales Y Protección Judicial De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: El Debate En Colombia. *In* **Crisis Económica: La Globalización Y Su Impacto En Los Derechos Humanos**, editado por Palop María Eugenia Rodríguez e Sanabria María Teresa Palacios, Castro Felipe Galvis, Alix Luis Lloredo, Matamoros Laura Victoria García, Ribotta Silvina, Del Pilar Cortés Nieto Johanna, Silva Rodolfo Gutiérrez, Garzón Alberto Iglesias, Robayo Édgar Iván León, e Pezzano Eduardo Varela, p.117-146. Bogotá D.C.: Editora Universidad Del Rosario, 2014.

CASTRO, Leonardo Aires de. A crise da democracia anunciada: Brasil entre o déficit democrático, a democracia do público e a crise democrática. **Revista Teoria & Pesquisa**, v. 27, n. 2, p. 1-25, 2018.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcello Andrade de.. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte, Arraes, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcello Andrade de. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada). 07 de junho de 2017. **Dizer o Direito**. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da-7.html> . Acesso em 23 de maio de 2019.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas concretas?: critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos mínimos para se alcançar a resposta correta. **Revista de Processo (Revista dos Tribunais online)**, v. 276, p. 91-121, fev. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. Deliberação democrática e Constitucionalismo popular. In: (coord) LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges. **Direitos fundamentais e Democracia I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 299-306.

CÉSAR, Larissa de Oliveira; CUNHA, Vanessa Cristine Cardozo. #ChoremEsquerdopatas: A retórica da intransigência de Malafaia como estratégia de apoio político a Crivella na eleição municipal carioca de 2016. **ENTREMEIOS – Revista Discente da Pós-graduação em Comunicação Social da PUC-Rio**, Ed. 14, v. 1, p. 01-14, jan-jun 2018. Disponível em: http://entremeios.com.puc-rio.br/media/Cesar_e_Cardoso_Esquerdopatas.pdf Acesso em:

CFP – Conselho Federal de Psicologia. **Resolução CFP nº 01/1999**. 22 de março de 1999. Resolução que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Brasília, 1999. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf Acesso em 08 de agosto de 2019.

CHAUÍ, Marilena. Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização. In: TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves (org). **Os sentidos da democracia e da participação**. São Paulo: Instituto Polis, 2005. Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/1006/1006.pdf> Acesso em 18 de maio de 2019.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 13 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito “dúctil” de Gustavo Zagrebelsky: flexibilidade exegética ou misticismo judiciário? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 91-99, jan./jun. 2001. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73031/2001_junior_jose_direito_ductil.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 13 de nov 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e discurso**. Florianópolis: Boiteux, 2006.

CHUERI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castilho de. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência**, n. 80, p. 123-150, dez. 2018.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n80/2177-7055-seq-80-123.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva n.º. 24/2017**. Julgado em 24.11.2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 15 abril de 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível. **Pedido de Providências n.º 0001459-08.2016.2.00.0000**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. 29 de junho de 2018. Brasília, 2018. em: <http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-PEDIDO-DE-PROVID%C3%80NCIAS-0001459-08.2016.2.00.0000-ADFAS.pdf> Acesso em 15 de setembro de 2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, Ministério da Justiça, a. 50, n. 189, jan/jun. 1998, p. 25-37. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/343>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

COMANDUCCI, Paolo. **Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36071.pdf>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz da. Precedente constitucional e constitucionalismo político: estudo comparado do precedente a partir da Constituição britânica. **Teoria Jurídica Contemporânea – PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ**, v. 1, n. 2, p. 214-237, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/viewFile/8505/8533> Acesso em:

CORRALES, Javier. The Expansion of LGBT Rights in Latin America and the Backlash. In Michael Bosia, Sandra M. McEvoy, and Momin Rahman, eds., **The Oxford Handbook of Global LGBT and Sexual Diversity Politics**. Oxford University Press (Oxford Handbooks Online), 2019. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190673741.001.0001/oxfordhb-9780190673741-e-14?print=pdf> Acesso em maio de 2020.

CORRÊA, Sonia Onufer; MUNTARBHORN, Vitit. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 01 de maio de 2019.

COSTA, Angelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. O casamento "homoafetivo" e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo. **Revista de Estudos Feministas.**, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 137-150, abr. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v23n1/0104-026X-ref-23-01-00137.pdf>. Acesso em 17 de out 2019. <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n1p/137>.

COSTA, Arlene Xavier Santos. Ditadura Militar e Vigilância Social: um olhar sobre o acervo da Delegacia de Ordem Social e Política da Paraíba (DOPS/PB). in: **NOBERTO BOBBIO: democracia, direitos humanos e relações internacionais**, v. 2 [recurso eletrônico]. Giuseppe Tosi (org) João Pessoa: Editora da UFPB, 2013. p. 197-218. Disponível em: http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2016/03/EBOOK_BOBBIO_VOL2.pdf. Acesso em 14 de maio de 2019.

COSTA, Igor Sporch da. **Igualdade na diferença e tolerância**. Viçosa: Ed. UFV, 2007.

COSTA, Luciana da Silva. **A Revisitação do Princípio da Separação de Poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira**. 201 f. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014.

COSTA, Silvana Barros da; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Teoria sobre a fundamentalidade dos direitos humanos. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14 (27), 9-31, jul/dez. 2014.

COURA, Alexandre de Castro; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. A falácia no direito das minorias: a faceta pragmatista a partir do perfil contramajoritário da Corte. **Revista de Informação Legislativa - RIL**. Ano 52, n. 207, p. 63-80, jul/set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p63.pdf Acesso em 15 de julho de 2019.

CRUZ, Paulo Márcio. Repensar a Democracia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 33, n.1, p. 94-114, Goiânia, jan/jun 2009.

CUNHA, José Ricardo. Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 309-310

DAGNINO, Evelina. Sociedade Civil, participação e cidadania: de quem estamos falando?. In: Daniel Mota (coord) **Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización**. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, p. 95-110, 2004.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Prefácio**. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de. A proteção da pessoa humana no Direito Internacional: conflitos armados, refugiados e discriminação racial. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2018.

DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, aug. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62962>. Acesso em: 15 de jan de 2020. doi:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.62962.

DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. Eleições 2018. Relatório Temas Polêmicos 25/10. Opinião sobre temas diversos – Instituto Datafolha, outubro de 2018. 29.10.2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/10/29/9d1a93fe17726819d7088b03c0278862.pdf> . Acesso em 05 de novembro de 2019.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. in: BARBOSA, A. A; VIEIRA, C. S. (coord). **Direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINASTIAS da Câmara, As. 18.02.2016. in: **Carta Capital** (Política). 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/as-dinastias-da-camara/> Acesso em 05 de janeiro de 2019.

DINU, Vitória Caetano Dreyer. Uma constituinte exclusiva para a reforma política é juridicamente possível? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, n. 1, p. 379-404, jan/jun 2016. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/0aba86cfbe31ad640b5dbabd22b75b85.pdf> Acesso em 18 de out de 2020.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A Construção Social do Sentido da Constituição na Democracia Contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Gente pobre**. Editora 34 (Coleção Leste), 2009.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **O Adolescente**. Editora 34 (Coleção Leste), 2015.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os Irmãos Karamazov**. 3ª Ed. Editora 34 (Coleção Leste), 2012.

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

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, nº 3:1, p. 2-11, em 1995.

EISENSTADT, Shmuel N.. Modernidades múltiplas. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Oeiras, n. 35, p. 139-163, abr. 2001. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/spp/n35/n35a06.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2019.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 9ª ed. trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

ESKRIDGE, William N. Jr. Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 150, 2001, p. 420-525

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. **Sentencia 198/2012. Recurso de Inconstitucionalidade 6864-2005**. Interpuesto en relación con la Ley 13/2005, de 01 de julio (regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo). Boletín Oficial del Estado, nº 286. Miércoles, 28 de novembro de 2012, p. 168-219, 2012. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>. Acesso em 11 de setembro de 2019.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais: notas de reflexão no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, junho 2003. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1757/1454>. Acesso em: 14 de agosto de 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v38i0.1757>.

ESTEVIÃO, Carlos V. Democracia como direitos humanos, justiça global e educação cosmopolítica. **e-cadernos CES** [Online], 09 | 2010, colocado online no dia 01 setembro 2010. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/525>. Acesso em 28 de maio de 2019.

FACCENDA, Guilherme Augusto. Ativismo na via extrajudicial. *in*: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (org) **Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** [recurso eletrônico] Porto Alegre: FMP, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

[bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Seminario_Tutelas_Efetivacao_Direitos.pdf](#) Acesso em 10 de fevereiro de 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Uns nos Outros. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord). **Direito e Justiça Social por uma sociedade mais justa, livre e solidária**: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. p. 376-391, São Paulo: Atlas, 2013

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Dmitri Cerboncini; VIEIRA, Allana Meirelles. A Direita Mora do Mesmo Lado da Cidade: Especialistas, polemistas e jornalistas. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 157-182, Abr. 2019 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002019000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15 de agosto de 2019.

FERNANDES, Letícia Fernanda de Souza; BARUFFI, Helder. Democracia no Brasil e Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 17, n. 34, p.83-101, jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/34/artigos/artigo05.pdf Acesso em 19 de outubro de 2020.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões Homossexuais – efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009. p. 19-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pava. O Direito das Minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan; FREITAS, Riva Sobrado (org). **Direitos das minorias na América Latina e no Caribe**: perspectiva convencional e jurídico-constitucional. Osasco: EdiFieo, 2016. p. 59-116. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/Direitos%20das%20Minorias%20na%20America%20Latina.pdf> Acesso em 16 de setembro de 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Marcio Poetsch. **A retórica do título e polemismo: o desafio da conquista da atenção do público leitor no contexto da comunidade blogueira**. 2009, 101 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2236/1/000409728-Texto%2BCompleto-0.pdf>

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Maiara Sanches Machado. Poder Constituinte Originário e seus limites jurídicos. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 78-93, jul/dez, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/3812/pdf> Acesso em 18 de ago de 2020.

FONSECA, Elaine Cristina Silva. **BACKLASH NA MÍDIA BRASILEIRA? O discurso da (in)felicidade e a construção do ethos da mulher contemporânea pela mídia impressa e digital**. 126 f. 2016. Dissertação (mestrado) do Programa de Pós-Graduação em Estudos Linguísticos da Faculdade de Letras da Universidade Federal de Minas Gerais. 2016.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 3: o cuidado de si**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Sexualidade e Poder**. Em *Ética, Sexualidade, Política: Coleção Ditos & Escritos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FRANÇA, Maria Regina Castanho. Famílias homoafetivas. **Revista Brasileira de Psicodrama**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 21-33, 2009. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psicodrama/v17n1/a03.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

GADAMER, Hans-Georg. Da palavra ao conceito. In: ALMEIDA, C. L. S. [et. Al]. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

GALDINO, Valéria Silva; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; RUFFO, Luiz Augusto. Da legitimidade do ativismo judicial na família homoafetiva a partir da Ação Direita [sic] de Inconstitucionalidade 4.277/11. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 2, n. 55, p. 418 - 447, jun. 2019. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3402/371371837>. Acesso em: 15 fev. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i55.3402>.

GALIL, Gabriel Coutinho. A proteção da identidade de gênero na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 16,

n. 2, p. 269-290, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5968/pdf#> Acesso em 25 de fevereiro de 2020.

GÂNDARA; Luma Gomes; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Legitimidade Democrática do Poder Judiciário. In: **Constituição e Democracia I** [Recurso eletrônico on-line] org. CONPEDI/UFPR (coord. CARDOSO, Henrique Ribeiro et al. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/014l905o/URSSsj4KJI8336N7.pdf> Acesso em 13 de set de 2020.

GASPARDO, Murilo. Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios. In: **Revista Estudos Avançados** 32 (92), p. 65-88, 2018.

GAVIÃO, Leandro. Rancière, Jaques. O ódio à democracia (2014). **Revista de História (São Paulo)**, São Paulo, n. 173, p. 497-503, dez. 2015.

GINSBURG, Tom; HUG, Azizi; VERSTEEG, Mila. The Coming of Liberal Constitutionalism? **The University of Chicago Law Review**, v. 85, n. 2, p. 239-255, march 2018.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Toledo-PR, v. 4, n. 1, p. 05-35, jan/jun. 2001.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

GOLDMAN, Flávio. **Direito Quântico**: revisitação e hipóteses de aplicação ao direito contemporâneo. 2010. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Filosofia do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136213.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2019.

GOMES, Cândido Alberto; LIRA, Adriana. Direitos humanos: utopia num mundo distópico?. In: **Revista Portuguesa de Educação**, 26(2), p. 159-178, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/rpe/v26n2/v26n2a08.pdf> Acesso em 25 de fevereiro de 2019.

GOMES, Eduardo Biacchi; MARQUES, Simone dos Reis Bielecki. A democracia no Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos: a importância da cláusula democrática da Organização dos Estados Americanos. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 19, n. 3, p. 123-150, set./dez. 2017. Disponível em:

http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1524/742. Acesso em 25 de outubro de 2019.

GOMES, David Francisco Lopes. Sobre a Teoria da Constituição como Teoria Crítica: Marcelo Cattoni, democracia *sem espera* e constitucionalismo do *por vir*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 11, n. 3, p. 480-501, 2019a. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2020/03/CATTONI.pdf> Acesso em 15 de set de 2020.

GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. **Famílias no Armário: Parentalidades e Sexualidades Divergentes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019b.

GONZAGA, André dos Santos; BRASIL, Deilton Ribeiro. Ativismo judicial: meio necessário para criação e efetivação dos direitos fundamentais nas relações homoafetivas. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, v. 6, n. 1, p. 1010-1028, jan. 2020. Disponível em: <http://www.brjd.com.br/index.php/BRJD/article/viewFile/5957/5323>. Acesso em 21 de março de 2020.

GOULART, Mayra; ADINOLFI, Goffredo. O desafio populista à democracia representativa: a Venezuela chavista e o Movimento 5 Estrelas. **Análise Social**, LIII (2.º), 2018 (n.º 227), p. 388-414. Lisboa, 2018. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/n227a06.pdf>. <https://doi.org/10.31447/as00032573.2018227.06>. Acesso em 23 de agosto de 2019.

GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Multiculturalismo, Democracia e Reconhecimento. **Revista Vídere**. Dourados, MS. Ano 1, p. 51-64, jul/dez. 2009.

GUERREIRO FILHO, Evaldo José. A democracia participativa como esfera do reconhecimento. **Org & Demo**, Marília, v. 20, n. 2, p. 143-162, jul/dez., 2019.

GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v17n2/v17n2a23.pdf>. Acesso em 11 de out de 2019.

GUTIERREZ, José Paulo; FERRÃO, Andréa Souza; ROCHA, Taís de Cássia Peçanha. O afeto como principal vínculo familiar e a sua abordagem no Direito de Família Brasileiro. In: **Revista Vídere**, ano 3, n. 6. Dourados, p. 171-198, jul/dez 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1990.

HÄRBELLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e —procedimental|| da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

- HELD, Daniel. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paideia, 1987.
- HERNÁNDEZ CASTAÑO, Diana Patrícia. **Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2015.
- HEWITT, Roger. **White Backlash and the Politics of Multiculturalism**. New York: Cambridge University press, 2005.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 14 nov. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** (Trad. Luiz Repa). São Paulo: Ed. 34, 2009.
- HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015
- HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.
- HUME, Robert J. **Courthouse democracy and minority rights: same-sex marriage in the state**. New York: Oxford University Press, 2013.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- IBOPE CONECTA. **Pesquisa de Opinião Pública. Viver em São Paulo: Diversidade**. Ibope Inteligência. São Paulo, abril de 2018. Disponível em: https://www.nossasaopaulo.org.br/portal/arquivos/viver_em_sp_diversidade_completa.pdf Acesso em 15 de fevereiro de 2020.
- ILGA – International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Lucas Ramón Mendos. **State-Sponsored Homophobia 2019**. Geneva; ILGA, March 2019. Disponível em: https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf Acesso em 10 de outubro de 2019.
- IMPERATORI, Thaís Kristosch. O ódio à Democracia, de Jacques Rancière. **SER Social**, Brasília, v. 17, n. 36, p. 225-228, jan./jun. 2015.
- INGLEHART, Ronald F.; NORRIS, Pippa. Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash. In: **Harvard Kennedy School Faculty Research Working Paper Series**. 29 de julho de 2016.
- ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade**: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. 2014, 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília-UnB. Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf
Acesso em 15 de set de 2020.

JOHNSON, Marc, *Bermuda's Domestic Partnership Act 2018: From 'Living Tree' to Broken Branches?* **European Human Rights Law Review**. n. 4, p. 367-400, jan de 2018. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3303211> Acesso em 24 de janeiro de 2020.

KAFKA, Franz. **Carta ao Pai**. Editora Cia das Letras, 1997.

KARLAN, Pamela S. Let's Call the Whole Thing Off: Can States Abolish the Institution of Marriage?. **California Law Review**, v. 98, n. 03 p. 697-708, jun. 2010. Disponível em: http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Karlan.FINAL_.pdf. Acesso em 10 de jan de 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KIERECZ, Marlon Silvestre. A crise da democracia representativa no Brasil. **Cadernos do Programa e Pós-Graduação em Direito/UFFGS**. Porto Alegre: Volume XI, nº 2, p. 360-385, 2016.

KLARMAN, Michael J. "Courts, Congress and Civil Rights". In: DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith E. (Eds.). **Congress and the Constitution**. Durham: Duke University Press, 2005, p. 173-197.

KOCK, Angela Baptista Balleana; COURA, Alexandre de Castro. O constitucionalismo popular e a legitimação no controle concentrado de constitucionalidade. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Edição digital. Porto Alegre, v. XIII, n. 2, p. 217-230, 2018.

KOZICKI, Katya. *Backlash*: as "Reações Contrárias" à Decisão do Suprema Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: **O direito achado na rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. (orgs) José Geraldo de Sousa Junior, José Carlos Moreira da Silva Filho, Cristiano Paixão, Livia Gimenes Dias da Fonseca, Talita Tatiana Dias Rampin. v. 07, 1. ed. – Brasília, DF: UnB, 2015. Disponível em: https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf. Acesso em 15 de dezembro de 2019.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência**, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

LAGO, Pablo Antonio. Same-sex marriage: a defense based on foundations of natural law. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 1044-1066, Set. 2018. Disponível

em: disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n3/2317-6172-rdgv-14-03-1044.pdf> Acesso em 11 de dezembro de 2019. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201839>.

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. **Davis Law Review**, v. 47, n. 189, p. 189–260, 2013.

LAURIANO, Carolina; DUARTE, Nathália. Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais. 29.04.2011. **G1 (notícias)**, 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html>.

LELIS, Acácia Gardênia Santos. A legitimação judicial das relações homoafetivas: um reconhecimento democrático dos direitos e a influência da teoria queer. in: **Relações privadas e democracia** [recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFF (coord) Otávio Luiz Rodrigues Jr., Giordano Bruno Soares Roberto, Nelson Luiz Pinto. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2e3d2c4f33a7a1f5>. Acesso em 05 de outubro de 2019.

LEMOS, Alessandra Prezepiorski. Constitucionalismo, Democracia e Tensão Insuperada: como a advocacia em defesa do casamento homoafetivo nos Estados Unidos superou a hipótese do *Backlash*. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 59-79, jul/dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/1520/1984>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

LEMOS, Joelma Galvão de; COELHO, Daniel Menezes. O uso político do discurso do ódio: um estudo de caso no facebook (2016). **Revista Psicologia Política**, São Paulo, v. 19, n. 46, p. 528-542, dez. 2019. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpp/v19n46/v19n46a11.pdf>. Acesso em 19 abr. 2020.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Diálogos ou embates institucionais? As tentativas de reversão da decisão do STF na ADPF 132/ADI 4.277 no Congresso Nacional. In: Ferraz, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão; Onmatii, José Emílio Medauar; Vecchiatti, Paulo Roberto Lotti. (Org.). **Diferentes, mas iguais**. Estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Coleção Teoria Crítica do Direito. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a, v. 3, p. 371-396.

LIMA, Gabriela Carneiro de A. B. **A tensão entre o Povo e as Cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. 2014, 140 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Largo São Francisco. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27012015-160043/publico/Dissertacao INTEGRAL Gabriela Carneiro A B Lima.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27012015-160043/publico/Dissertacao%20INTEGRAL%20Gabriela%20Carneiro%20A%20B%20Lima.pdf) Acesso em 13 de set 2020.

LIMA, Iana Alves de. **Carreiras e ambição política em sistemas multinível: um estudo de caso da circulação política no Brasil (1995-2015)**. 112 f. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília. Brasília: 2017.

LIMA, Jairo Néia. A concretização ativa dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo por meio da superação do legado epistemológico-positivista da neutralidade. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst**, 2010. p. 11-35. Curitiba: 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/jairolima.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2019.

LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social e a eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais nas relações entre particulares sob a premissa neoconstitucional**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR, 2011. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1946-jairo-neia-lima/file>

LIMA, Jairo Néia. **Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMA, Jairo Néia; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Os efeitos irradiantes da Constituição sobre o direito privado: seu processo de constitucionalização. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 11, n. 2, p. 451-470, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1873/1415>
Acesso em

LIMA, Venício A. de. Mídia, rebeldia urbana e crise de representação. In: **Cidades Rebeldes**, São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, nº 24, jun/jul de 2004.

LOCKE, John, (1632-1704). **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil; introdução de J.W. Gough; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa**. – 3ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/locke-john-segundo-tratado-sobre-o-gov-civil.pdf> Acesso em 01 de maio de 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JÚNIOR, Luís Haroldo Pereira dos. Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, 2017, p. 181-201.

LOREA, Roberto Arriada. **Cidadania sexual e laicidade: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário**. 2008, 209 f. Tese (Doutorado em antropologia) – Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

LORENZETTO, Bruno Meneses. Os caminhos do constitucionalismo para a Democracia. 2014, 323 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36517/R%20-%20T%20-%20BRUNO%20MENESES%20LORENZETTO.pdf;jsessionid=5E7E5D966B81F18EA0DA090C8B98866D?sequence=1> Acesso em:

LOUREIRO, Maria Rita. As origens e consequências da judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 189-199, Fev. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v29n84/11.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2019. <https://doi.org/10.1590/S0102-69092014000100012>.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 541-553, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>. Acesso em 14 de ago de 2019.

LUZ, Cícero Krupp da. A ficção da separação de poderes e o déficit democrático nas fontes do direito internacional: as limitações do Parlamento brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 32-43, dez. 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/954/946>. Acesso em: 25 maio 2019. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p32-43>

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45, n. 178, p. 181-193, abr/jun. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176529/000842786.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Science, Complexity, and the Study of Tax Law. *In*: Edit Fabó; Emilia Ferone; James Ming Chen. (Org.). **Systemic Actions in Complex Scenarios**. 1ed. Cambrige: Cambrige Scholars Publishing, 2017, v. 1, p. 170-190.

MACHADO, Frederico Viana; PRADO, Marco Aurélio Máximo. Movimentos homossexuais: a constituição da identidade coletiva entre a economia e a cultura. O caso de dois grupos brasileiros. **Interações**, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 35-62, jun. 2005. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-29072005000100003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 26 fev. 2019.

MACHADO, Vitor Gonçalves. O incipiente princípio da proibição de retrocesso e sua função protetiva dos direitos fundamentais. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ** – Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/32074/27688#:~:text=Sarlet%20sustenta%20que%20a%20proibi%C3%A7%C3%A3o,371>). Acesso:

MAIA, Gretha Leite. Introdução ao pensamento político de Cornelius Castoriadis e sua aplicabilidade na compreensão da Democracia. **NOMOS- Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC**, v. 28, n. 01, p. 167-178, jan/jun 2008.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 193-219, Ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rinc/v4n2/2359-5639-rinc-04-02-0193.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020. <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i2.50125>.

MANIN, Bernard. A democracia do público reconsiderada. **Novos estudos CEBRAP**, n. 97, p. 115-127, 2013.

MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Os paradigmas tradicionais de justiça constitucional e a terceira via do sistema francês. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 173-184, mai./ago 2012.

MARINHO, Sérgio Augusto Lima; BORGES, Alexandre Walmott. O Papel Contramajoritário dos Direitos Fundamentais e o dever do Poder Judiciário Brasileiro perante omissões legislativas. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne. (Org.). **Direitos Fundamentais e Democracia II**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 35-52. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ano 12, v. 19, n. 3, p. 501-522, set/dez de 2018.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Bolonha: 2016. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. Disponível em: https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional. Acesso em 15 de abril de 2019.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial. 2015. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em 15 de abril de 2019.

MARQUES DE CAMARGO, Daniel. **Decisão judicial e sua fundamentação**: suficiência e concretização por meio do artigo 489, § 1º, do CPC/2015. 2019. 222 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2019. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/13637-daniel-marques-de-camargo-1/file> Acesso em 30 de janeiro de 2020.

MARTÍN SANCHEZ, María. Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 107, p. 219-253, mai/ago. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A separação dos poderes no Brasil**. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento** - as bases biológicas da compreensão humana. Trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. 3.ed. São Paulo: Palas Athena, 2003.

MAYOS, Gonçal. **Calidad Democrática**. Barcelona, 06 de novembro de 2014. Disponível em: <http://goncalmayosolsona.blogspot.com/2014/11/calidad-democratica.html#more> Acesso em 01 de maio de 2019.

MAYOS, Gonçal. **Turboglobalização e os “fenômenos inter”**. 02 de Nov. de 2014. Disponível em: <http://goncalmayosolsona.blogspot.com/2014/11/turboglobalizacao-e-os-fenomenos-inter.html>. Acesso em: 19 ago de 2019.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de Poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45, n. 178, p. 195-205, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176530/000842787.pdf?sequence=3> Acesso em 25 de outubro de 2018.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la. **Revista de Informação Legislativa**. V. 37, n. 146, p. 185-194, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/589> Acesso em de novembro de 2019.

MELLO, Luiz. Familismo (anti)homossexual e regulação da cidadania no Brasil. **Rev. Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 497-508, Sept. 2006. Available from <http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a10v14n2.pdf>. Acesso em 13 de set. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2006000200010>.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf Acesso em 10 de julho de 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Maria da Conceição Meirelles. **Os direitos sociais trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social**. 2009. 194 f. Dissertação (Mestrado) Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111243.pdf>. Acesso em 14 de agosto de 2019.

MENDES, Marília Silva Martins. **Manifestações do Conservadorismo e do Fascismo no Brasil Contemporâneo: análise de propagandas políticas**. 2018, f. 140. Dissertação (Mestrado) Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-13112018-151951/publico/mendes_corrigida.pdf Acesso em 14 de outubro de 2019.

MENDONÇA SOBRINHO, Milton de Souza. **Desempenho legislativo e abrangência das proposições apresentadas no Senado Brasileiro**. 157 f. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília. Brasília, 2014.

MENDONÇA, Samuel; JULIANO, Luiz Felipe Mendes. A Hermenêutica Jurídica em Hans Kelsen e a criminalização da homofobia e da transfobia. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 1, p. 01-31, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/39078/pdf>. Acesso em 17 de jun de 2020.

MENEZES, Rafael da Silva. **Democracia Brasileira: discurso, possibilidades e responsabilidade na Constituição Federal de 1988**. 233 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

MESSEMBERG, Débora. A direita que saiu do armário: a cosmovisão dos formadores de opinião dos manifestantes de direita brasileiros. **Revista Sociedade e Estado** – Volume 3, p. 621-647. Setembro/Dezembro, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v32n3/0102-6992-se-32-03-621.pdf> Acesso em 22 de julho de 2019.

METADE dos internautas são favoráveis ao casamento de pessoas do mesmo sexo. 19 de junho de 2019. **IBOPE Inteligência (Notícias e Pesquisas)**, 2019. Disponível em: <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/metade-dos-internautas-sao-favoraveis-ao-casamento-de-pessoas-do-mesmo-sexo/> Acesso em 31 de agosto de 2020.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Irresponsabilidade institucional no Brasil: equívocos e omissão ante uma adequada compreensão do direito internacional dos direitos humanos. In: MEYER, Emilio Peluso Neder (org). **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. – Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino Americana de Justiça de Transição e Initia Via, 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/emilio-meyer-jt-perspectiva-transnacional-2017-final.pdf> Acesso em:

MEYER, Emilio Peluso Neder; HOLL, Jessica. Justiça de transição na Argentina e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise do Caso Luis Muiña (“regra 2x1”). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 198-217, 2018.

MEZACASA, Douglas Santos. **A efetivação dos Direitos Humanos das pessoas transexuais**: análise a partir da Opinião Consultiva nº 24/2017 da Corte Interamericana. 2018. 109 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) do Centro Universitário de Maringá. Maringá, 2018. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/1021/1/DOUGLAS%20SANTOS%20MEZACASA.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

MICHELMAN, Frank I. **Bennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MIGUEL, Luis Felipe. A democracia e a crise de representação política: a accountability e seus impasses. **CES – Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais**. Coimbra, 16-18 de set. de 2004. Coimbra, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4942894/mod_resource/content/0/Luis%20Felipe%20Miguel.pdf Acesso em 15 de jul 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. **Revista Lua Nova** São Paulo, n. 100, p. 83-118, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n100/1807-0175-ln-100-00083.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2019.

MIGUEL, Luis Felipe; MARQUES, Danusa; MACHADO, Carlos. Capital familiar e carreira política no Brasil: gênero, partido e região nas trajetórias para a Câmara dos Deputados. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 58, n. 3, p. 721-747, jul./set. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582015000300721&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 de fevereiro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/00115258201557>.

MILLER, Alice. M.; KISMÖDI, Eszter; COTTINGHAM, Jane; GRUSKIN, Sofia. Sexual rights as human rights: a guide to authoritative sources and principles for applying human rights to sexuality and sexual health. **Reproductive Health Matters**, 23(46), p. 16–30, 2015. doi:10.1016/j.rhm.2015.11.007.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. **Cadernos Pagu** [on line] Campinas, n. 28, p. 101-128, Junho 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n28/06.pdf> Acesso em 09 de mar 2018.

MISOCZKY, Maria Ceci A.. Da abordagem de sistemas abertos à complexidade: algumas reflexões sobre seus limites para compreender processos de interação social. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 01-17, Ago. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v1n1/v1n1a02.pdf>. Acesso em 02 de fev de 2020. <https://doi.org/10.1590/S1679-39512003000100002>.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins FONTES, 2000.

MOORE, Alan; LLOYD, David. **V de Vingança**. Barueri, São Paulo: Panini Books, 2012.

MORAES, Filomeno. Executivo e Legislativo no Brasil pós-Constituinte. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 45-52, Dez. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 de fevereiro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400006>.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana** – Uma Leitura Civil Constitucional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2007.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 135-164, abr 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rinc/v6n1/2359-5639-rinc-06-01-0135.pdf>. Acesso em 10 de março de 2020. Epub Oct 21, 2019. <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.56004>.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade. **Accountability no Brasil**: os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes. 2006, 250 f. Tese (Doutorado em Ciência Política – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-141025/publico/TESE_ANA_CAROLINA_YOSHIDA_HIRANO_ANDRADE_MOT_A.pdf Acesso em 10 de set de 2020.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Revista Política e Sociedade**, n. 03, p. 11-26, outubro de 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOUFFE, Chantal. **On the Political**. London: Routledge, 2005.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**. (Dossiê Democracias e Autoritarismos), Curitiba, n. 25, p.11-23, nov. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31108.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

MOYANO DÍAZ, Yanko. Construyendo el espacio postdisciplinar. Temporalidade e Historia. In: MOYANO DÍAZ, Yanko; PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; MAYOS

SOLSONA, Gonçal (eds). **Postdisciplinarietà y Desarrollo Humano. Entre Pensamiento y Política**. Barcelona: Red ediciones, p. 17 - 40, 2014.

MUNOZ GARCIA, Angel; ANDRADE, Gabriel. La familia, célula de la democracia antigua y moderna.: De Aristóteles a Tocqueville. **Revista de Filosofía**, Maracaibo , v. 24, n. 54, p. 81-118, mar. 2006. Disponível em http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-11712006000300005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 28 janeiro de 2020.

NADER, Paulo. A prestação Jurisdicional como Pedagogia Social. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 3, 1998. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista03/revista03_36.pdf. Acesso em 25 de julho de 2018.

NARRAIN, Arvind. **Right to Love**. Navtej Singh Johar v. Union of India: a transformative constitution and the rights of LGBT persons. Alternative Law Forum. Bangalore: 2018. Disponível em: http://arc-international.net/wp-content/uploads/RightToLove_PDFVersion.pdf Acesso em outubro de 2019.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do . (Des)Construções dos indivíduos LGBTQ+ nos canais de massa: riscos de *backlash* e a arte como instrumento de (in)fluência do discurso dos direitos humanos fundamentais. **Revista Direito, Arte e Literatura**. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 39-55, jan/jun, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/5575/pdf> Acesso em 10 de dezembro de 2019. Doi: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9911/2019.v5i1.5575>

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. Retrato das uniões homoafetivas no contexto normativo-decisório da União Europeia: democracia e direitos fundamentais. In: ESPOSITO NETO, Tomaz; PRADO, Henrique Sartori de Almeida (Org). **União Europeia: visões brasileiras**. Curitiba: Editora Appris, p. 15-32, 2019.

NASCIMENTO, Geysa Cristina Marcelino; SCORSOLINI-COMIN, Fabio; FONTAINE, Anne Marie Germaine Victorine; SANTOS, Manuel Antônio dos. Relacionamentos amorosos e homossexualidade: revisão integrativa da literatura. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 23, n. 3, p. 547-563, set. 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v23n3/v23n3a03.pdf> Acesso em 17 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.9788/TP2015.3-03>.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; PEREIRA, Marília do Nascimento. A atividade jurisdicional como paradigma para a consolidação democrática: a (não) superação do ativismo judicial para a construção de uma jurisdição constitucional. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, vol. 01, nº 45, Curitiba, p. 565-585, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1842>. Acesso em 04 de novembro de 2019.

NEGRI, Alexandre. **O poder constituinte**: ensaios sobre as alternativas da modernidade. Brasil: Dp&A Editora, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NICOLAU, Jairo. **Prefácio**. In: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Trad. Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

NORRIS, Pippa. A tese da “nova clivagem e a base social do apoio à direita radical. **Revista Opinião Pública**, Campinas, Vol. XI, nº 1, março, 2005, p. 1-32.

NORVAL. Aletta J. **Aversive Democracy**: Inheritance and Originality in the Democratic Tradition. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. Sobre los neoconstitucionalismos. Uma sínteses para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho. **Revista Opinión Jurídica** Universidad de Medellín, v. 15, nº 29, p. 187-202, Medellín – Colombia, enero-junio de 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v15n29/v15n29a10.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social? **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 34, n. 136, p. 377-382, out/dez 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/324/odireitocomomeio.pdf> Acesso em 17 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, Julio Aguiar de. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: ENTRE A DESPEDIDA DO MÉTODO E O IMPROVÁVEL RETORNO DA PRUDÊNCIA. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 25, p. 171-190, mar. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/861> Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i25.861>.

OLIVEIRA, Renata Maria Antunes Viegas Rosária de. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo e adoção**: o direito à diferença, as novas famílias, as famílias dos afectos. 2012. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, 2012. Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/3656/1/md_renata_oliveira_disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 15 de março de 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of**

Independence to Colonial Countries and Peoples (Bermuda) 06.02.2015. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/034/76/PDF/N1503476.pdf?OpenElement> Acesso em 29 de fevereiro de 2020.

ORTELLADO, Pablo; SOLANO, Ester (coord). **Pesquisa manifestação política 12 de abril de 2015**. Disponível em: <http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2015/04/Pesquisa-12-04-2015.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2019.

ORWELL, George. **1984**. Tradução Wilson Velloso. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

PARANHOS, Ranulfo. **Conexões inglórias: responsabilidade e produção legislativa subnacional no Brasil**. 2016, 220 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016.

PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA; Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários. **Ciência & Saúde Coletiva**. 22 (12), p. 3841-3848, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n12/1413-8123-csc-22-12-3841.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2019.

PAULINO FILHO, Lucival Bento. A legitimidade democrática da Corte Constitucional brasileira sob a perspectiva do constitucionalismo político idealizado por Richard Bellamy. **Actio Revista de Estudos Jurídicos** – Maringá, n. 27, v. 1, p. 37-59, jan./jun 2017. Disponível em: <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/66> Acesso em

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEABODY, Bruce G. Legislating from the bench: a definition and a defense. **Lewis and Clark Law Review**, n. 11, p. 185 – 232, 2007. Disponível em: <https://law.lclark.edu/live/files/9581-lcb111peabodypdf> Acesso em 10 de março de 2020.

PEREIRA, Marcus Abilio. Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. **Opinião Publica** [online]., vol.18, n.1, p.68-87, 2012. ISSN 0104-6276. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v18n1/v18n1a04.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2018 <https://doi.org/10.1590/S0104-62762012000100004>.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio E.. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PEW RESEARCH CENTER. **Table: Religious Diversity Index Scores by Country**. 4.04.2014. Pew Research Center – Religion & Public Life, 2014. Disponível em <https://www.pewforum.org/2014/04/04/religious-diversity-index-scores-by-country/> Acesso em 01 de março de 2020.

PIACENZA, Joanna; JONES, Robert P. Most American Religious Groups Support Same-sex Marriage, Oppose Religiously Based Service Refusals. 02.03.2017. **PPRRI (Public Religion Research Institute)**. Disponível em: <https://www.ppri.org/spotlight/religious-americans-same-sex-marriage-service-refusals/> Acesso em 15 de julho de 2019.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes, como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da Diferença. **Tempo social**: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 7-33, dez. 1990. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ts/v2n2/0103-2070-ts-02-02-0007.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/ts.v2i2.84798>.

PIN, Ule Estefanio. Democracia, representação e deliberação: o poder legislativo em análise, in: **Anais do V Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, 19 a 21 de novembro de 2014, Vitória: p. 1063-1077. 2014.

PINHEIRO FARO, Julio. Uma nota sobre a homossexualidade na história. **Revista Subjetividades**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 124-129, abr. 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rs/v15n1/14.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2019.

PINHEIRO FARO, Julio; FRAGA PESSANHA, Jackeline. O casamento civil homoafetivo e sua regulamentação no Brasil. **Revista Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 32, p. 72-81, 2014. Disponível em: http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n32/07_articulo6.pdf. Acesso em 14 de maio de 2019. <http://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000300007>.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos 'inter' e aportes ao direito. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coord); MAYOS, Gonçal *et al.* (Org). **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global, Uberlândia, v. 1, p.370-395, 2015.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. **Introdução ao Direito Romano**: constituição, categorização e concreção do direito em Roma. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (In)variáveis Principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: FARIAS; SOBREIRAS FILHO; OLIVEIRA JÚNIOR. (Org.). **Filosofia do Direito**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 289-310. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=29daf9442f3c0b60>. Acesso em 15 de julho de 2019.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 34, n. 01, p. 98-115, jan/jun, 2010.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discurso, Ideologias e Multiculturalismos: a plurivocidade semântica dos direitos fundamentais, a necessidade de crítica democrática permanente e o risco da reviravolta autoritária. **Anais do VI Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos - Pesquisa e Pós-Graduação**, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.sistemasmart.com.br/andhep2010/arquivos/29_8_2010_22_46_53.pdf. Acesso em: 21 set 2019.

PINTO COELHO; Saulo de Oliveira; ASSIS, Alline Neves de. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte**, n. 115, p. 541-584, ju./dez., 2017.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009.

PINTO, Taís Caroline; BREGA FILHO, Vladimir. O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: **Direitos sociais e políticas públicas I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Terezinha de Oliveira Domingos, Jaqueline Mielke, Caroline Ferri. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 509-529. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f7650d12288f6e4> Acesso em 15 de janeiro de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. Proibição de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. *in*: JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira (org). **Direitos Humanos e vulnerabilidade em juízo**. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2015.

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Para uma leitura do Direito do Trabalho à luz dos Direitos Humanos: analogia e auto-integração do sistema**. 180 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-18112011-155540/publico/versao_integral_FAVOR_NAO_DIVULGAR.pdf Acesso em 26 de julho de 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POWER, Timothy J.; JAMISON, Giselle D.. Desconfiança política na América Latina. **Opinião Pública**, Campinas, v. 11, n. 1, p. 64-93, Mar. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762005000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 23 de julho de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762005000100003>.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting Constitutions From Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept. In: DOBNER, Petra. **The Twilight of Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

PRIEUR, Michel. LE PRINCIPE DE NON REGRESSION “AU CŒUR” DU DROIT DE L’HOMME A L’ENVIRONNEMENT. **Revista Direito à Sustentabilidade**, [S.l.], v. 1, n. 2, jun. 2015. ISSN 2359-327X. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/12361/8610>. Acesso em: 15 fev. 2020.

PRONI, Marcelo Weishaupt; PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. O papel civilizatório dos direitos humanos: diálogos com Bobbio e Elias. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 51, p. 161-194 jul/dez, 2017.

QUADROS, Marcos Paulo dos Reis; MADEIRA, Rafael Machado. Fim da direita envergonhada? Atuação da bancada evangélica e da bancada da bala e os caminhos da representação do conservadorismo no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, SP, v. 24, n. 3, p. 486-522, 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8654292>. Acesso em: 01 nov. 2020.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais:** princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Hermenêutica Constitucional na América: em defesa da função política do Direito a partir da Teoria da Integridade e do Critical Legal Studies. in: AMARAL, Sérgio Tibiriçá; ALVES, Fernando de Brito; COIMBRA, Mário (org). **Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2014/hermeneutica-constitucional.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

RAMOS, Marcelo Maciel. **Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental: dos gregos aos cristãos**. São Paulo: Alameda, 2012.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à Democracia**. trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAZNOVICH, Leonardo Javier. **The 'living tree doctrine' - Bermuda Domestic Partnership Act 2018**. 30.04.2018. Bedlington Chambers, 2018. Disponível em: <https://www.islandrights.org/wp-content/uploads/2018/06/LJR-Note-re-living-tree-doctrine.pdf> Acesso em 02 de março de 2020.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REBELLO, Maurício Michel. A dificuldade em responsabilizar: o impacto da fragmentação partidária sobre a clareza de responsabilidade. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 23, n. 54, p. 69-90, June 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/v23n54/0104-4478-rsocp-23-54-0069.pdf> Acesso em 13 de nov. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1678-987315235405>.

REBELLO, Maurício Michel. Decisão eleitoral esclarecida e informação política andam juntas? **Revista Política Hoje**, v. 20, n. 01, p. 395-430, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3817> Acesso em 13 de nov de 2020.

REGO, Natasha Karenina de Sousa; LIMA JR, Jayme Benvenuto. Aspectos introdutórios sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e suas decisões. In: PENTINAT, Susana Borràs; ANNONI, Danielle (coord) **Retos internacionales de la protección de los Derechos Humanos y el medio ambiente**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2015. p. 389-415.

RESENDE, José Renato. O Direito e a Arte com enfoque na formação jurídica no Brasil atual. In: **Anais do V Colóquio Internacional de Direito e Literatura**, v. 5, n. 2, p. 427-457. Jul. 2017. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/243/pdf> Acesso em 22 de fevereiro de 2019.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Revista Estudos Avançados**, n. 14 (38), p. 291-306, 2000.

RICHTER MORALES, Ulrich. **Manual Del Poder Ciudadano: Lo que México necesita (Edición Actualizada)**. México: Editorial Océano Exprés, 2013. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=bSB9AAAAQBAJ&pg=PT77&lpg=PT77&dq=demos+plethos+ochlos+democracia&source=bl&ots=DPvkPb65el&sig=agFMwiPHI3Y>

[HZ4h4ZCRYgkiZS3k&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwip_oDtn9vbAhVCCpAKHQSiBa8Q6AEIRDAF#v=onepage&q=demos%20plethos%20ochlos%20democracia&f=false](https://www.civilistica.com.br/redc/article/view/101/71) Acesso em 15 de maio de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 599075496**. Oitava Câmara Cível. Relator: Breno Moreira Mussi. Julgado em 17.06.1999.

RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/101/71>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários/Seminário Internacional as Minorias e o Direito**. Brasília, v. 24, p. 155-175, 2003. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf. Acesso em 10 de agosto de 2019.

ROCHA, Marta Mendes da. Representação, deliberação e estudos legislativos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 25, nº 74, abr/2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v25n74/a08v2574.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2019.

ROCHA, Paulo Henrique Borges da; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação da decisão jurídica advinda da ADPF 132 e da ADI 4.277, segundo a perspectiva de Castanheira Neves: a decisão e suas consequências jurídicas. **Revista Videre**, [S.l.], v. 12, n. 23, p. 286-303, ago. 2020. ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11289/5963>. Acesso em: 29 nov. 2020. doi:<https://doi.org/10.30612/videre.v12i23.11289>.

RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, Samuel. A adoção de decisões legislativas penais no ordenamento jurídico finlandês. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 7, n. 1, p. 25-55, 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/91045> Acesso em 15 de jan de 2020.

RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, Samuel. La evaluación de las normas penales en España. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología – RECPC**, n. 15 p. 01-43, set. de 2013. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-07.pdf> Acesso em 26 de jun de 2019.

RODRIGUEZ-FERRÁNDEZ, Samuel. **La ley penal y sus consecuencias**: hacia la construcción de un modelo teórico para la evaluación de las leyes penales. Formulación a partir del estudio de la protección jurídico-penal del agua en España. 2011. 626 f. Tesis Doctoral. Universidad Miguel Hernández de Elche, España, 2011.

RODRÍGUEZ-FERRÁNDEZ, Samuel. Tópicos do direito penal da pós-modernidade e âmbito do rol crítico da doutrina especialista. **Revista Argumenta**, Jacarezinho. n. 26, p. 81-144. Jan – jun 2017. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/n.%2026%20%282017%29>. Acesso em 28 ago 2019.

ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 615-638, Dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v10n2/1808-2432-rdgv-10-2-0615.pdf>. Acesso em 18 de out. 2020. <https://doi.org/10.1590/1808-2432201426>.

ROMAN, Jaqueline Fátima; HEUSER, Ester Maria Dreher. O paradoxo da dualidade em Rancière e a ação política das mulheres: Olympe de Gouges na França e Eulina Rabêlo no Brasil. **Quaestio Iuris**, v. II, n. 04, Rio de Janeiro, p. 2.406-2.419, 2018.

RONCANCIO BEDOYA, Andrés Felipe. Deliberación y conflicto en tiempos de hacer la paz: análisis de las protestas populares (2012-2015) en Colombia desde el constitucionalismo democrático-popular. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 17, edición especial 35, p. 147-170, Dez. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v17nspe35/1692-2530-ojum-17-spe35-147.pdf>. Acesso em 25 out. 2020. <http://dx.doi.org/10.22395/ojum.v17n35a6>.

ROSA, Gabriela Rodrigues da Guia. **Soberania Popular**: um clássico conceito contemporâneo. 2017. 81 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ROSSETTO, Geral Magella de Faria. O Direito como sistema autopoietico na evolução jurídica da matriz teórica de Gunther Teubner. **Revista Amicus Curiae**, v. 7, n. 7, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. HomoEfetividade. In: Ferraz, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão; Onmatii, José Emílio Medauar; Vecchiatti, Paulo Roberto Lotti. (Org.). **Diferentes, mas iguais**. Estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Coleção Teoria Crítica do Direito. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 3, p. 151-172.

ROTONDANO, Ricardo Oliveira. O reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil: ponderações filosófico-sociológicas. **Revista Científico**, v. 15, n. 30, Fortaleza, p. 29-44, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROZNAI, Yaniv; HOSTOVSKY BRANDES, Tamar. **Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine** (May 26, 2019). Social Science Research Network – SSRN. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3394412> Acesso em 10 de maio de 2019. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3394412>.

RÜDIGER, Francisco. Eugen Hadamovsky e a teoria da propaganda totalitária na Alemanha nazista. **Galaxia** (São Paulo, Online), n. 27, p. 48-60, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/gal/v14n27/04.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número especial, p. 169-189, 2015.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, no. 51, ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a05v1851.pdf> Acesso em 10 de outubro de 2019.

SALES, Tainah Simões; MARTINS, Luana Adélia Araújo. O STF, a opinião pública e o efeito *backlash*: o caso da união estável homoafetiva. In: Encontro de Pesquisa Jurídica da XIII Semana do Direito da UFC, 2018, Fortaleza. **Anais do Encontro de Pesquisa Jurídica da XIII Semana do Direito da UFC**. Fortaleza : Mucuripe, p. 12-21. 2018.

SALGADO, Eneida Desiree; CERQUEIRA NETO, José Nunes de. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19, n. 19, p. 114-130, jan./jun, 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/533/457> Acesso em 25 de out 2020.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 8, n. 1, p. 94-107, jan/abr. 2016.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitutional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANSON, Alexandre. Dos grupos de pressão na democracia representativa: os limites jurídicos. 2013, 321 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28072014-133210/publico/TESE_ALEXANDRE_SANSON_COMPLETO.pdf Acesso em 10 de nov 2020

SANTANA, Alice Mourão. **A possibilidade de retrocesso jurídico no que tange ao direito de adoção por casais homoafetivos em virtude do desarquivamento do Estatuto da Família**. 2015. 52 f. Monografia (Direito) Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8445/1/21134560.pdf> Acesso em 17 de agosto de 2019.

SANTANA, Cláudia de. O Poder do Supremo Tribunal Federal. in: **Hermenêutica Constitucional**, decisões judiciais: programa de pós-graduação em Direito Ambiental da UEA: mestrado em Direito Ambiental. Orgs. Eid Badr, Mauro Augusto Ponce de Leão Braga. Manaus: Editora Valer, 2016. p. 27-62. Disponível em: <http://www.pos.uea.edu.br/data/area/livrospub/download/1-2.pdf> Acesso em 15 de junho de 2019.

SANTIAGO, Silviano. Deslocamento e Perambulações. In: LYRA, Pedro; CASTELANO, Karine (org) **Ensaio interdisciplinares sobre linguagem cognição**. Campos dos Goytacazes, RJ: EDUENF, 2015. Disponível em: http://www.pgcl.uenf.br/arquivos/livroconhecimentoemprocessovol_250520201000.pdf Acesso em 01 de junho de 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p.11-32, jul. 1997. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF Acesso em 08 de junho de 2019.

SANTOS, Manoel Leonardo. Voto (des)informação e democracia: déficit de accountability e baixa responsividade no município de Recife. **Revista Política Hoje**, v. 17, n. 01, p. 41-64, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/download/3858/3162> Acesso em 23 de out 2020.

SANTOS, Pâmella de Moura; ALVES, Fernando de Brito. Acesso à Justiça e Interpretação Constitucional: apontamentos sobre o julgamento da ADIN nº 4.277/2009 e ADPF nº 132/2008. In: AMARAL; Sérgio Tibiriçá; ALVES, Fernando de Brito; COIMBRA, Márcio (org). **Hermenêutica Constitucional** (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito) . 1 ed. Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. p. 18-31. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2014/hermeneutica-constitucional.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2020.

SARAMAGO, José. **Da estátua à pedra e discursos de Estocolmo**. Belém: UFPA, 2013.

SARAMAGO, José. **Democracia e universidade**. Belém: UFPA, 2013.

SARAMAGO, José. José Saramago critica responsáveis pela Cultura (entrevista). In: **Público**, de 10 de maio de 1992. Disponível em: <https://static.publico.pt/docs/cm f/ autores/ joseSaramago/ terceiraVezCensurado.htm> Acesso em 10 de dezembro de 2019.

SARAN, Lucas Antonio; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Texto, Contexto e Norma: mutação constitucional à luz da Filosofia da Linguagem Ordinária de Wittgenstein. In: AMARAL, Sérgio Tibiriça; ALVES, Fernando de Brito; COIMBRA, Mário (org) **Hermenêutica Constitucional: Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**. Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2014/hermeneutica-constitucional.pdf>. Acesso em 27 de ago de 2019.

SARDINHA, Edson. Congresso, um negócio de família: seis em cada dez parlamentares têm parentes na política. 01.08.2017. In: **Congresso em foco** (Notícias). 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/congresso-um-negocio-de-familia-seis-em-cada-dez-parlamentares-tem-parentes-na-politica/>. Acesso em 05 de janeiro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 26 de fevereiro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **RERE – Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Salvador, n. 15, p. 01-35, out/nov/dez 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais. In: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 09-50, jan./jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do TST**, Brasília, v. 75, n. 3, p.116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf> Acesso em:

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **RERE – Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Salvador, n. 15, p. 01-38 set/out/nov 2008.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

SARTORI, Giovanni. **¿Qué es la democracia?**. Trad. Miguél Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salamon. México, DF: Editora Patria, 1993. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1135-que-es-la-democracia> Acesso em 23 de abril de 2019.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. São Paulo: Duas Cidades, 1992.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 43, n. 141, p. 265 – 292. Dezembro, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.10.pdf Acesso em 24 de out 2020.

SELIGSON, Mitchell; MORALES, Daniel E. Moreno; RUSSO, Guilherme A.. Education, the wealth of nations, and political tolerance toward homosexuals: a multilevel analysis of 26 countries in the Americas. **Opinião Publica**, Campinas, v. 25, n. 2, p. 234-257, Ago. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/op/v25n2/1807-0191-op-25-2-0234.pdf>. Acesso em 06 de jan de 2020. Epub Sep 16, 2019. <https://doi.org/10.1590/1807-01912019252234>.

SENADO FEDERAL. **Senado Federal Parecer (SF) nº 31**, de 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5278865&ts=1586467204885&disposition=inline>. Acesso em: 25 set de 2020.

SILVA, Amanda Daniele. Família: a subjetividade na construção do conceito. In: **Mãe/mulher atrás das grades**: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 101-152. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/vjtsp/pdf/silva-9788579837036-05.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

SILVA, Diego Nassif da. **Proibição de retrocesso no seguro social brasileiro a partir da teoria dos sistemas de Luhmann**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2020. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/16176-diego-nassif-da-silva-1/file> Acesso em:

SILVA, Diego Nassif da; BREGA FILHO, Vladimir. O ART.37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA NAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE: MÁXIMA EFETIVIDADE E VEDAÇÃO DE RETROCESSO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 29, p. 181-224, fev. 2018. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1494>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i29.1494>.

SILVA, Eddie Parish. Os efeitos da superação de precedentes. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 24, n. 26, p. 90-140, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a Constituição. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e poder popular** – estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Otávio Santiago Gomes da. **Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil**: uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018). 2018, 122 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade de Pelotas. Pelotas, 2018. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgcienciapolitica/files/2018/12/Ot%C3%A1vio-Santiago.pdf>. Acesso em 17 de ago de 2019.

SILVA, Walfrido Vianna Vital da. A Constituição de 1988 e a nova ordem social. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, n. 200, p. 297-320, out/dez 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p297.pdf. Acesso em 08 de setembro de 2018.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto; FERREIRA, Mariana Suzart Paschoal. DIREITO, RISCO E PERIGO: A DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DO RISCO DE ULRICH BECK. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 30, p. 109-130, jun. 2019. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1508>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i30.1508>.

SIMONETTI, Karina Alves Gonzalez. **Igualdade e direito nas relações homoafetivas**, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, Osasco. 2006. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/pdf/pdf/diss_karina.pdf Acesso em

SKIDMORE, Thomas E.; SMITH, Peter H. **Modern Latin America**. 6ª Edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.

SMITH, Miriam. Homophobia and Homonationalism: LGBTQ Law Reform in Canada. **Social & Legal Studies**, v. 29, n. 1, p. 65-84, 2020. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0964663918822150>. Acesso em 27 de abril de 2020.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 47, n. 186, p. 291-301,

abr/jun 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198687/000888837.pdf?sequence=1> Acesso em 10 de jan de 2020.

SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Fontes do Direito e Circulação de Modelos Jurídicos: o sistema de precedentes na common law e no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 2, n. 2, p. 147-168, jul/dez 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1602> Acesso em 10 de fevereiro de 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2016.v2i2.1602>

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Antônio Corrêa. Sentenças Aditivas e Omissões Inconstitucionais. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, v. 01, p. 375-401, 2011. Disponível em http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_1/Sentencas%20aditivas%20e%20omissoes%20onstitucionais.pdf Acesso em 10 de setembro de 2019.

SOUZA, Artur César de. A “**Parcialidade Positiva**” do Juiz e o Justo Processo Penal - Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”. 2005. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/3046> Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

SOUZA, Lucas Oliveira dos Reis. O Ativismo Judicial e a Judicialização no Supremo Tribunal Federal. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, [S.l.], v. 9, n. 19, p. 119-128, set. 2019. ISSN 2358-601X. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/8057 Acesso em: 24 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v9e192019119-128>.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. Valores constitucionais originários e reforma constitucional. **Revista Acadêmica da ESMP-CE**, v. 1, p. 01-12, 2010. Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/6_Valores_const.pdf Acesso em:

SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. **O direito à liberdade de amor homossexual**: da interdição moral do desejo à proclamação de um efetivo direito fundamental. 2018, 185 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/3733090/thiago-serrano-pinheiro-de-souza.pdf> Acesso em 19 de outubro de 2020.

SPERTI, Angioletta. **Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality**. Portland: Hart Publishing, 2017.

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4.277*. Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe: 13/10/2011. **JusBrasil**, 2011b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 14 mar. 2017.

STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 16/08/2011. **STF (Notícias)**. Brasília, 2011a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re477554.pdf> Acesso em 09 de março de 2019.

STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 132 Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe: 13/10/2011. **JusBrasil**, 2011c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14 mar. 2017.

STF. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.300 - MC**. Distrito Federal. Min. Celso de Mello. 03.02.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3300.pdf> Acesso em 03 de outubro de 2019.

STF. **Recurso Extraordinário nº 879.694 – MG**. Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. 10.05.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 1 (1) p. 65-77, jan/jun, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil in: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 2. Porto Alegre, p. 257-301, maio/ago. 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - o senso incomum?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO: O PAPEL DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 18, n. 27, p. 91-109, mar. 2020. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2414>. Acesso em: 18 set. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v18i27.p91-109.2020>.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. **Revista de Direito Administrativo** v. 246: 79-94, set./dez, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogo. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

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

SUPRANZETTI, Bernardo. V de Vingança e Estado de Exceção. In: 3as Jornadas Internacionais de História em Quadrinhos, 2017, São Paulo. **Anais Eletrônicos das 3as Jornadas Internacionais de História em Quadrinhos**, 2017. Disponível em: http://www2.eca.usp.br/anais2ajornada/anais3asjornadas/artigo_080620152351042.pdf Acesso em 10 de julho de 2019.

TATAGIBA, Luciana; TRINDADE, Thiago; TEIXEIRA, Ana Claudia C. Protestos à direita no Brasil (2007-2015). In: CRUZ, Sebastião Velasco; KAYSEL, André; CODAS Gustavo (Orgs.). **Direita, volver!:** o retorno da direita e o ciclo político brasileiro . São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, José de Farias. A divisão de Poderes e o constitucionalismo brasileiro. **Revista da Informação Legislativa**, v. 17, n, 65, p. 53-100, jan./mar. 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181201>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Ricardo Neiva; RAIMUNDO, Caio Flávio de Noronha e; FONSECA, Daniel Machado de. A situação atual dos direitos das pessoas LGBT na Itália. In: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Políticas de combate à violência e à discriminação contra pessoas LGBT (Mundo Afora, n. 12)**. Brasília, DF, p. 260-266, 2015, Disponível em: https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Oslo/pt-br/file/09_Cultural/09-10-Mundo_Afora_12.pdf Acesso em 05 de outubro de 2019.

TEIXEIRA, Igor Moura Rodrigues. **A ideia de crise de representatividade e a democracia participativa como estrutura de (re)legitimação do exercício do poder político**. 2016, 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2016.

TEIXEIRA, Nuno Severiano. Três reflexões inacabadas sobre populismo e democracia. **Relações Internacionais**, Lisboa, n. 59, p. 75-83, set. 2018. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992018000300006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 22 de ago. 2019. <http://dx.doi.org/10.23906/ri2018.59a06>.

TELLES, Helcimara de Souza. O que os protestos trazem de novo para a política brasileira? **Em Debate**, v. 7, n. 2, p. 7-14, Abr. 2015.

TIRADENTES, Adrielly Francine Rocha. **Direito, religião e orientação sexual: os paradoxos ao reconhecimento da família homoafetiva**. 2016. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2016. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2016/18.pdf> Acesso em 07 de fevereiro de 2020.

TOLSTÓI, Liev. **Anna Kariênina**. Trad. Rubens Figueiredo. São Paulo: Editora Naify, 2013.

TONET, Luciano. A hermenêutica total e a interpretação integradora como fator de democratização: um estudo do caso Ellwanger. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 14, n. 2, p. 17-32, jul/dez. 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2670>. Acesso em 20 de setembro de 2019.

TORDESILLAS ESCUDERO, Elena. El matrimonio entre personas del mismo sexo en derecho internacional privado. Derechos civiles y Derechos Humanos afectados en diferentes países. **UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política**, [S.l.], p. 76-133, jun. 2016. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3177>. Acesso em 25 de jul 2019.

TRAVASSOS, Gabriel Saad. A Opinião Consultiva nº 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a identidade de gênero como núcleo componente da dignidade da pessoa humana. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, DF, n. 11, p. 65-88, jan/dez de 2018.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

TURATTI JUNIOR, Marco Antonio. **Reconhecimento Jurídico-social da identidade LGBTI+**, 1 ed. Curitiba: Appris, 2018.

TUSHNET, Mark. Authoritarian constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 02, p. 391-462, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr>. Acesso em 25 de mar de 2019.

UNITED KINGDOM. *House of Lords*. **Ghaidan v Godin-Mendoza [2004] UKHL 30, [2004] 2 AC 557 at [132]**. Londres, 2004. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm> Acesso em: 19 de março de 2020.

UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. **Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes**, Bogotá, n. 12, 2001.

URBINATI, Nadia. Crise e metamorfoses da democracia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 28, nº 82, p. 05-16, jun. 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v28n82/v28n82a01.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2019.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática?. **Revista Lua Nova**, São Paulo, nº 67. p. 191-228, 2006. Disponível em: http://desafios2.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/urbinati.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2019.

USTARROZ, Elisa; DI LORENZO, Wambert Gomes. As falhas da teoria da separação dos poderes de Montesquieu e a proposta de superação no modelo norte-americano – o distanciamento da realidade inglesa. Salão de iniciação Científica. **Livro de resumos**. Porto Alegre: UFRGS, 2004. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/73965/Resumo_20040852.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 15 de março de 2019.

VAGGIONE, Juan Marco. “Families Beyond Heteronormativity”. In: MOTTA, Cristina; SAEZ, Macarena. **Gender and Sexuality in Latin America: Cases and Decisions**. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice nº 24. 2013, p. 233-277

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Palestra proferida no II Seminário Internacional da Teoria das Instituições. Universidade Federal do Rio de Janeiro, novembro de 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica . Acesso em: 20 de agosto de 2019.

VANDERMAAS-PEELER, Alex; COX, Daniel; FISCH-FRIEDMAN, Molly; GRIFFIN, Rob; JONES, Robert P. Emerging Consensus on LGBT Issues: findings from the 2017 American Values Atlas. 05.01.2018. **PPRRI (Public Religion Research Institute)**. Disponível em: <https://www.ppri.org/research/emerging-consensus-on-lgbt-issues-findings-from-the-2017-american-values-atlas/> Acesso em 15 de julho de 2019.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **União homoafetiva: direito sucessório e novos direitos**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELOS ROCHA, Pedro. **Família e o espaço da política: recursos sociais e usos do parentesco no Legislativo Federal**. 56 f. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015.

VELÁSQUEZ, Ivette Rocío Araujo; LÓPEZ, Luis Enrique Portillo. **Matrimonio Igualitario: estudio jurisprudencial em el derecho comparado**. In: Informe Final. Facultad de Ciencias Jurídicas – Unidad de Investigación. Universidad Gerardo Barrios: San Miguel, 2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2017. Disponível em:

<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/28461/FAM%C3%8DLIAS%20POLIAFETIVAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 28 de agosto de 2019.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 277-302, Dec. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rinc/v5n3/2359-5639-rinc-05-03-0277.pdf>. Acesso em 13 de set 2020. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i3.55478>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>. Acesso em 15 de dez de 2018. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua. Da necessária simbiose entre democracia e direitos humanos. **Revista Sapere Aude**, v. 6, p. 58-76, 2016.

WAGNITZ, Paula Adriana. **Trajetórias e decisões**: uma análise das ADINS sobre união homoafetiva e fidelidade partidária no STF. 101 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Constitucionalismo Democrático, *Backlash* e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-MARIANNA-WILLEMANN.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões da concretização dos direitos fundamentais**: Teoria, Método, Fato e Arte. f. 281. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf> Acesso em 07 de março de 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. *Backlash*: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da AGU**, v. 16, n. 03, 2017. Disponível em:

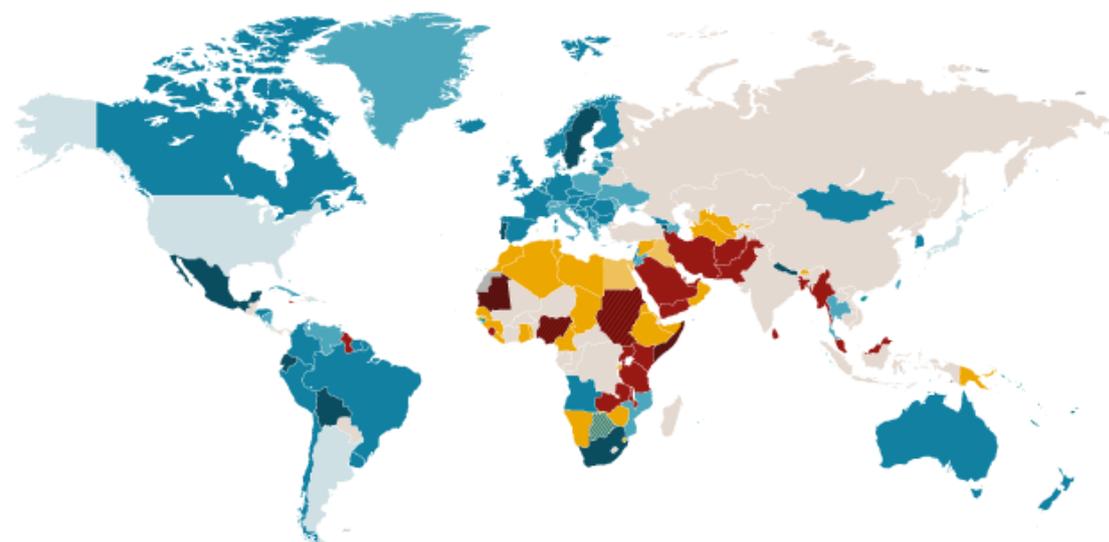
https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_4.pdf Acesso em 19 de out de 2018.

ZIMMERMANN, Augusto. Soberania parlamentar e jurisdição constitucional no Reino Unido: um debate político e jusfilosófico. **Revista Achegas de Ciência Política**, n. 4, fev. 2003.

ANEXOS DA TESE

Figura 1. Leis sobre orientação sexual no mundo

Leis sobre orientação sexual no mundo



Proteção contra a discriminação por orientação sexual

- Proteção constitucional
- Ampla proteção
- Proteção no emprego
- Proteção limitada/desigual
- Nem proteção, nem criminalização

Criminalização de atos sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo

- Pena de morte
- De 10 anos a prisão perpétua
- Até 8 anos de prisão
- Criminalização na prática
- Não há dados disponíveis

Fonte: ILGA

BBC

Figura 2. Leis sobre orientação sexual na América Latina

Leis sobre orientação sexual na América Latina



Fonte: ILGA

BBC

Fonte:

Figura 3. Leis sobre orientação sexual no Mundo (2019)

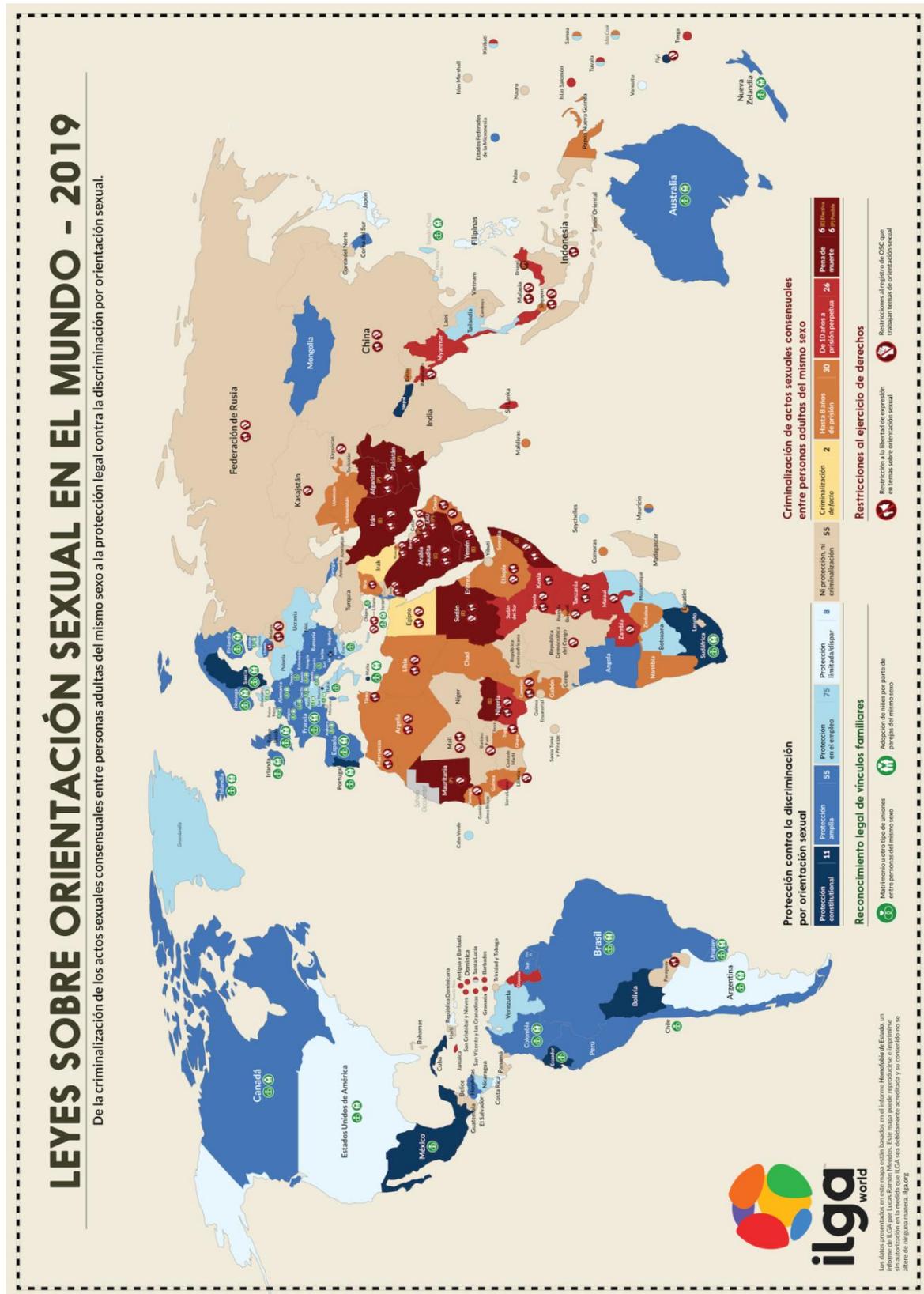


Figura 4. Países e a criminalização da homossexualidade

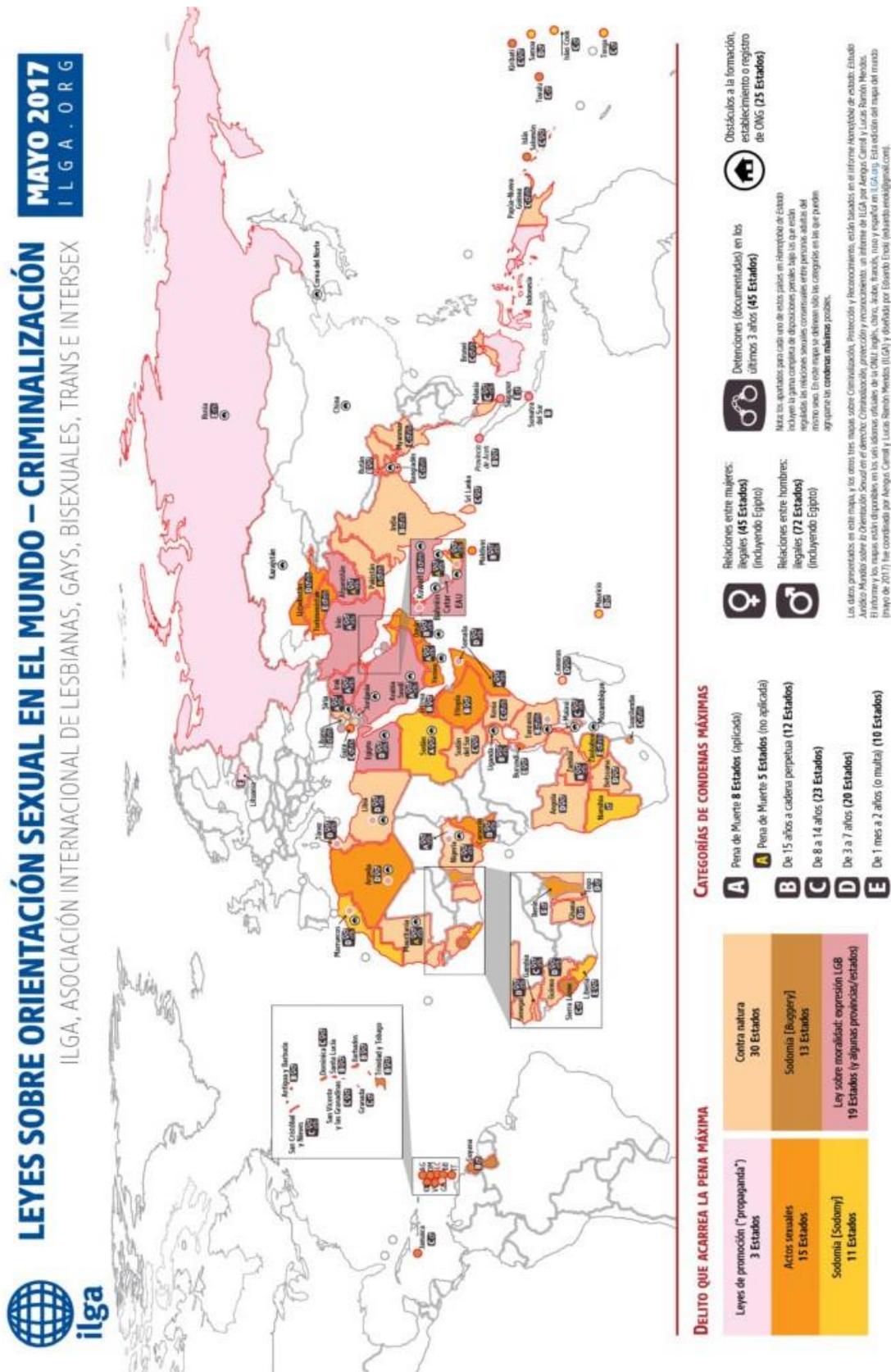


Figura 5. Leis de Proteção da liberdade de orientação sexual.

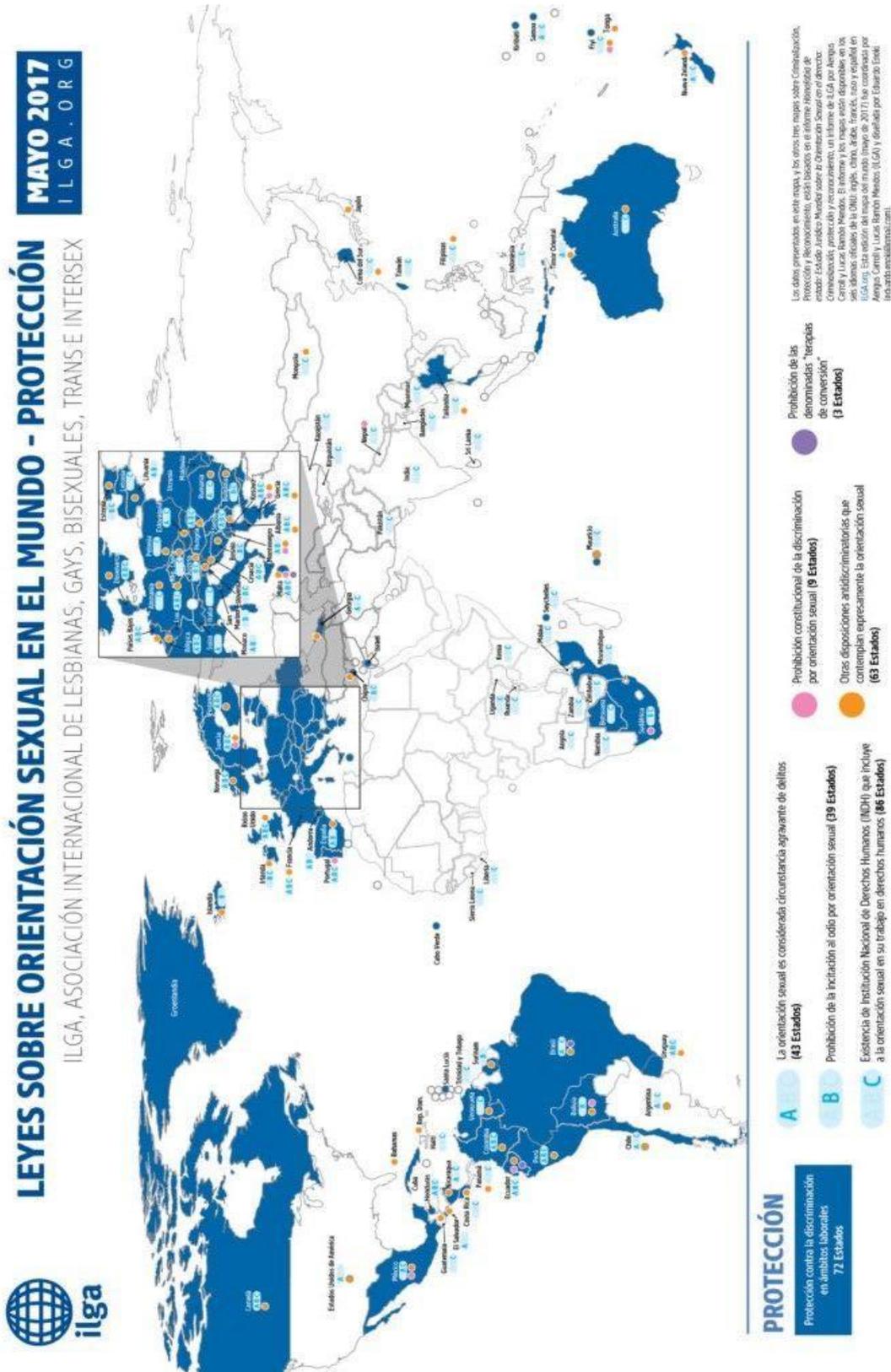


Figura 6. Apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo sob a perspectiva da profissão religiosa, “raças” e grupos étnicos

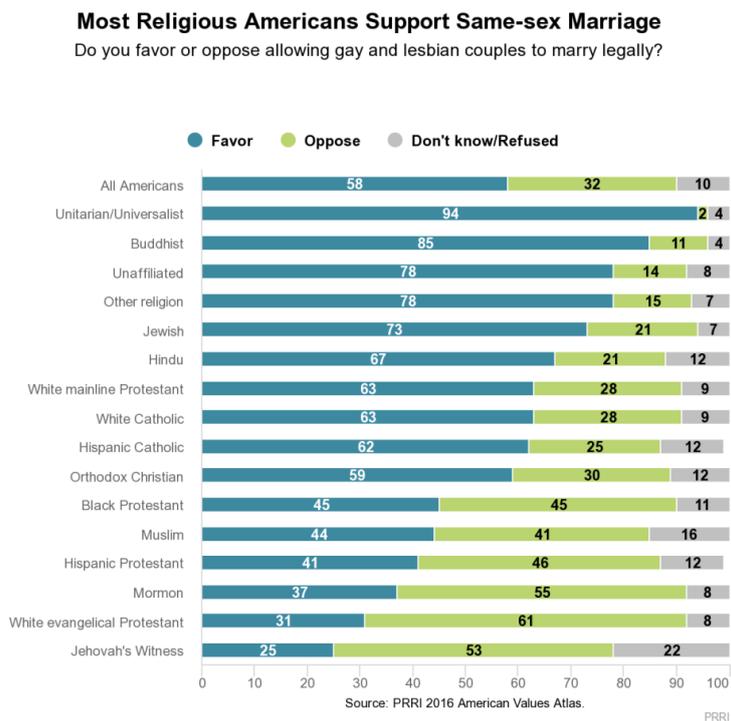


Figura 7. Apoio e oposição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo sob a perspectiva da profissão religiosa

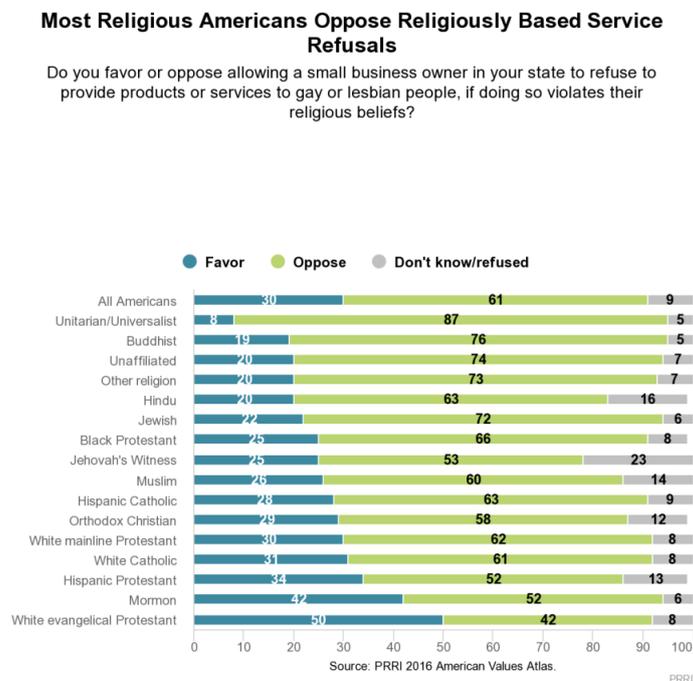
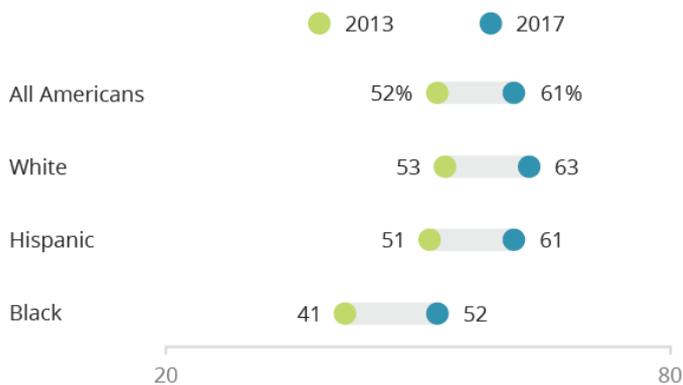


Figura 8. Apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo sob a perspectiva étnica (brancos, negros e hispano-americanos)

FIGURE 2. Majority of White, Black, and Hispanic Americans Now Support Same-Sex Marriage

Percent who favor allowing gay and lesbian couples to marry legally.



Sources: PRRI/Brookings 2013 Religion, Values & Immigration Reform Survey; PRRI 2017 American Values Atlas.

Figura 9. Consulta pública sobre o PL 6.583/2013 (primeira enquete).



Figura enquete PL 6.583/2013

Figura 10. Consulta pública sobre o PL 6.583/2013 (segunda enquete).

Enquete PL 6.583/2013 Dados de 08 de abril de 2020.