

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E
MOVIMENTOS SOCIAIS III**

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

GIOVANI DA SILVA CORRALO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Frederico Thales de Araújo Martos; Gabriela Oliveira Freitas; Giovani da Silva Corralo. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-818-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Democracia e Movimentos Sociais. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS III

Apresentação

No período de 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires, ocorreu o XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), evento que reuniu acadêmicos, pesquisadores e profissionais das mais diversas áreas jurídicas, proporcionando, mais uma vez, um valioso espaço para o compartilhamento de conhecimentos, debates e reflexões enriquecedoras.

O Grupo de Trabalho Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais III contou com artigos que refletem a considerável abrangência de temas passíveis de reflexão em nível de pós-graduação em Direito.

A defesa dos direitos humanos e da democracia em sociedades cada vez mais complexas e com enormes desafios, associado ao dinamismo dos mais diversos movimentos sociais, soblevam a importância das reflexões feitas, em todas as dimensões e direções, a permitir um melhor entendimento do mundo contemporâneo.

Por mais que o CONPEDI se firme como um dos mais importantes eventos da pós-graduação brasileira em Direito, as problemáticas trabalhadas neste Grupo de Trabalho possuem uma amplitude trans e interdisciplinar, a fazer com que o Direito dialogue com importantes outras áreas do conhecimento humano.

Temas sempre relevantes, como a violência doméstica e de gênero, mutação constitucional, efetivação dos direitos humanos, pluralismo jurídico, controle de convencionalidade, direitos da criança e do adolescente, direitos políticos, direito à educação, povos indígenas, dignidade da pessoa humana, se somam a temáticas que abarcam os avanços da neurociência e do mundo cibernético.

Não obstante tal abrangência, o fio condutor das pesquisas é norteado pela defesa dos direitos humanos, da democracia e da legitimidade dos mais distintos movimentos sociais.

Os trabalhos apresentados neste Grupo de Trabalho ressaltam a importância crucial da pesquisa jurídica na promoção da justiça, da democracia e dos direitos humanos em um mundo complexo e interdependente. Esperamos que os artigos e estudos compilados nestes

anais sirvam como uma fonte valiosa de conhecimento e inspiração para todos os interessados em construir um futuro mais inclusivo e comprometido com os direitos fundamentais de cada ser humano.

Coordenadores:

Frederico Thales de Araújo Martos -Faculdade de Direito de Franca/Universidade do Estado de Minas Gerais

Gabriela Oliveira Freitas -Universidade FUMEC

Giovani da Silva Corralo -Universidade de Passo Fundo

A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE IMPORTANCE OF COUNTERMAJORITY DECISIONS TO GUARANTEE FUNDAMENTAL RIGHTS

Paulo Cesar Bernardes Filho ¹
Joao Pedro Ignacio Marsillac ²

Resumo

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 teve por objetivo o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, mas teve como pano de fundo uma questão até então pouco tratada pelo Supremo, as decisões contramajoritárias. Esta questão acaba por fazer sentido, pois, ao se ter uma leitura mais atenta do caso, e ao se comparar com decisões anteriores e posteriores do STF pode-se claramente se verificar uma preocupação do Tribunal em privilegiar a Constituição em sua forma mais simples, a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias. Neste artigo pretende-se dar destaque à questão da decisão contra majoritária e sua importância na questão específica dos direitos aos homossexuais, destacando a importância e extensão de uma decisão dessa natureza. A metodologia utilizada será a, quanto à pesquisa, a bibliográfico-documental, sendo analisado preponderantemente a produção textual sobre o tema. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. E o procedimento foi o monográfico, com ênfase na análise das decisões que embasaram o presente estudo.

Palavras-chave: Decisões contramajoritárias, Casamento gay, Judicialização, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The Direct Action of Unconstitutionality No. 4277 had the objective of recognizing same-sex unions as a family entity, but had as its background an issue hitherto little addressed by the Supreme Court, the countermajoritarian decisions. This search ends up making sense, because, when having a more attentive reading of the case, and when comparing with previous and subsequent decisions of the STF, it can be clearly verified a concern of the Court in favoring the Constitution in its simplest form, the protection of the rights of minorities in the face of arbitrary or negligent majorities. This article intends to highlight the issue of the decision against the majority and its importance in the specific issue of rights for homosexuals, highlighting the importance and extent of a decision of this nature. A

¹ Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Nove de Julho – SP- (2020), especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP (2010) e graduado em Ciências Jurídicas pelo IESB/DF (2007)

² Doutorando em Direito Pol. e Econômico-Mackenzie, Mestre em Direito Mackenzie (2020), especialista Direito e Processo do Trabalho pelo Ibmecc (2012), graduado em Ciências Jurídicas pela – PUCRS (2010).

methodology used will be, in terms of research, the bibliographical-documentary one, with the textual production on the subject being analyzed predominantly. The approach method used was deductive. And the procedure was the monographic one, with emphasis on the analysis of the decisions that supported the present study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Countermajority decisions, Gay marriage, Judicialization, Judicial activism

INTRODUÇÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (0006667-55.2009.0.01.0000, 2009), foi proposta em 22 de julho de 2009 pela Procuradoria Geral da República, e teve por objetivo o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e a concessão dos mesmos direitos e deveres dados às uniões heteroafetivas.

No que concerne aos argumentos trazidos no julgamento da ADI nº 4.277, principalmente na argumentação desenvolvida pelo relator da ação, Ministro Ayres Brito, e pelos votos dos demais ministros do STF restou configurado que a questão primordial e principal base fundamentadora da decisão foi a ausência de vedação à união homoafetiva na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a compatibilidade com os fundamentos constitucionais nela compreendidos e a aproximação de outras formas de entidades familiares.

Este caso, extremamente emblemático e de até de certo modo de vanguarda na América Latina, está sendo aqui colocado como uma exemplificação de qual proporção pode se tomar uma decisão que vai de encontro com os interesses da maioria dos brasileiros e que demonstra, portando, a importância para a sociedade de uma decisão contramajoritária.

Veja que, nas últimas eleições ocorridas no Brasil, tentou-se dar um viés de disputa entre conservadores e liberais. Apensar de não adentrar neste assunto, a questão acabou fazendo todo sentido, pois, ao se ter uma leitura mais atenta do caso acima tratado, e ao se comparar com decisões anteriores e posteriores do STF pode-se claramente se verificar uma preocupação do Tribunal em privilegiar a Constituição em sua forma mais simples, ou seja, a proteção dos

direitos das minorias diante do arbítrio, do descaso das maiorias ou até mesmo por se tratar de um assunto que não será tratado com relevância ou mesmo prioridade.

Neste artigo pretende-se dar destaque à questão da decisão contra majoritária e sua importância na questão específica dos direitos aos homossexuais, destacando a importância e extensão de uma decisão dessa natureza.

Ressalva-se aqui, e muito importante destacar, que não é tema deste trabalho discutir o ativismo judicial no Brasil e seus impactos na ordem jurídica e política ou mesmo debater acerca da competência da Suprema Corte, mas tão somente construir uma linha de raciocínio em que

justifica a atuação da Suprema Corte com vistas a resguardar os direitos fundamentais de uma parcela importante de sociedade que pode não ter suas questões priorizadas em momentos como este em que uma polarização, real ou midiática, mas que se apresenta no contexto nacional.

1. COMENTÁRIOS ACERCA DO REGIME REPRESENTATIVO X DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

Para iniciarmos o tema necessário é preciso em linhas gerais entender como funciona o nosso processo legislativo, nossa forma de governo, nosso entendimento de democracia para, enfim, chegarmos às decisões contramajoritárias. Sem esse prévio entendimento não se terá a real importância de uma decisão que contraria, em tese, a maioria da população.

Inicialmente é preciso ressaltar que as decisões contramajoritárias são em tese contrárias às decisões que chamamos de majoritárias. Em tese porque a bem da verdade, muitos dos temas controversos e tidos como contramajoritários não foram alçados às discussões legislativas de forma séria e correta dentro do processo legislativo. Então estamos aqui supondo que essas decisões encontrariam oposição da maioria legislativa. O fato é que nestas questões o nosso legislativo decidiu não pautar temas controversos, muito em razão de questões eleitorais, que também deixaremos de lado esta discussão.

Temos que ter em mente que o processo legislativo não é um fim em si, e que o Direito Constitucional é o normatizador desse processo.

Em famosa obra, o jurista alemão Konrad Hesse realça a força normativa das Constituições e do próprio papel do Direito Constitucional como elemento integrador desse processo:

O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado. (HESSE, 1991, p. 34)

Vejamos então como se dá o processo legislativo no Brasil, o chamado processo legislativo de regime representativo.

Do art. 1º da Constituição Federal de 1988 constam os fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

No parágrafo único do mesmo artigo proclama-se que todo poder político emana do povo e que este o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição.

Já o artigo 2º estabelece a independência e harmonia dos Poderes, isto quer dizer que o poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível – do ponto de vista jurídico, o Estado não é uma nem várias pessoas físicas, mas sempre uma pessoa jurídica. A divisão se faz no exercício do poder, distribuídas quanto ao exercício das funções do Estado em: legislativo, executivo, judiciário. Essa divisão de funções visa evitar a concentração do poder numa única pessoa. Nesse caso, não há divisão do poder do Estado, mas do exercício de suas diferentes funções.

Já no artigo 3º são enumerados os objetivos fundamentais do sistema republicano, assim enunciados: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem comum, sem a eiva preconceituosa das discriminações injustas, derivadas da origem, da raça, do sexo, da cor e da idade.

Paulo Bonavides entende que:

Aí se acham postas, pois, as bases de um Estado social justo e humano, reforçado no Preâmbulo pelos constituintes de 1988 com a denominação de Estado Democrático, por designar o legítimo Estado de Direito, sob a égide de valores que são a suma daqueles direitos fundamentais das quatro dimensões conhecidas, isto é, os direitos à liberdade, à igualdade, ao desenvolvimento e à democracia. (BONAVIDES, 2008, p. 76)

Com todos esses ditames constitucionais, por certo, é a democracia a forma de governo escolhida pelo povo brasileiro como sendo a melhor forma de gestão do país. Conceitua-se esta, por ser um regime político em que a soberania pertence ao povo, que a exerce direta ou indiretamente, por meio de representantes eleitos.

No julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8), o relator Ministro Luís Felipe Salomão afirma que “É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve isso significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder”.

Ou seja, como diz o art. 1º da CF/88 em seu parágrafo único, todo poder político emana do povo e que este o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição.

Alexandre de Moraes (MORAES, 2011) afirma que a defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e concentração de poder. Como ensina, citando Giuseppe de Vergottini, o Estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais.

Continua o autor (MORAES, 2011), segundo sua definição de democracia, que o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir-se o respeito à soberania popular.

Moraes afirma também, que é possível verificar, a partir do Direito Constitucional comparado, que modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da democracia representativa, sem contudo descuidar-se da democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização).

Moraes (MORAES, 2011) também defende que problema central da representação política é a impossibilidade de aferir-se a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar.

Maurice Duverger (DUVERGER, 1970), em relação à representação política, afirma que "o problema fundamental consiste em medir o grau de exatidão da representação, isto é, o grau de coincidência entre a opinião pública e a sua expressão parlamentar".

Citando Paulo Bonavides, Moraes (MORAES, 2011) conclui que o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é necessariamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam *"de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo"*.

O exercício do mandato representativo está intimamente ligado às funções do Poder Legislativo, que são decorrentes da teoria da separação de poderes, como dito acima.

Pois bem, partindo-se de uma origem etimológica italiana da palavra, Norberto Bobbio (BOBBIO, 1986) entende que o vocábulo "representar" possui dois significados: agir em nome e por conta de outrem, e o segundo é de reproduzir, espelhar ou refletir.

Para o autor (BOBBIO, 1986) o Parlamento representa o país tanto no sentido de que os seus membros agem em nome e por conta dos eleitores, quanto no sentido de que o reproduz, o espelha, o representa, o reflete.

Uma democracia é representativa no duplo sentido de possuir um órgão no qual as decisões coletivas são tomadas por representantes, e de espelhar, através desses representantes, os diferentes grupos de opinião ou de interesse que se formam na sociedade.

Constituição Federal de 1988 sem dúvida refletiu legitimamente a vontade do povo brasileiro, por esta razão costuma ser denominada "Constituição Cidadã".

Os doutrinadores entendem que ela é representativa do povo por elencar um vasto conjunto de garantias a direitos e liberdades individuais numa amplitude sem precedentes na história constitucional do país.

Isto porque, como defende Moraes (MORAES, 2011), o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.

Moraes (MORAES, 2011) ainda afirma que o problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado o povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas ações, ou como a "totalidade dos atingidos pela norma", e, em razão disso, algo bem diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller:

Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como "demo" cracia. [...] Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, 2011, pp. 57-58)

Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.

Nos últimos anos, tem se percebido uma atuação cada vez mais incisiva do Supremo Tribunal Federal, suscitando o debate institucional entre os três Poderes, especialmente ante a mudança paradigmática que atribuiu supremacia às normas da Constituição, sendo clara a influência do neoconstitucionalismo.

O papel assumido pela Constituição, dentro dessa nova perspectiva, encerra a irradiação dos seus valores sobre todo o ordenamento jurídico e exige que os seus preceitos sejam garantidos também pela jurisdição constitucional. A partir disso, o Supremo Tribunal Federal, no exercício desta jurisdição, tem proferido decisões essencialmente contramajoritárias com o fito de resguardar direitos e interesses, principalmente, dos grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade de toda sorte.

Como se vê até aqui, a regra da maioria fundamenta o regime democrático, uma vez que os representantes do povo são escolhidos através da maioria eleitoral, designadamente nos Poderes Legislativo e Executivo.

Mas a Constituição Federal de 1988, por sua vez, declara expressamente, logo em seu art. 1º, parágrafo único, que o poder pertence ao povo e é exercido por meio de seus representantes eleitos, em regra, pelo voto da maioria.

É possível, então, extrair que a vontade da maioria não pode ser absoluta, sob pena de desrespeitar as chamadas condições democráticas.

Ou seja, quando há impedimento ao exercício dos direitos políticos, resta ferida a garantia de participação de todos, o que decorrente da regra da maioria, mormente a valorização do interesse geral e resguardo da igualdade e da liberdade advindo do princípio democrático.

A respeito desse suposto desrespeito do princípio majoritário, Jorge Reis Novais afirma que:

[...] se se priva parte da população de direitos, se não se lhe reconhece igual consideração no processo de deliberação, se se inibe ou não se assegura a sua igual presença na governação, se se diminui o seu estatuto e não se garante a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efetividade e autonomia, a vida democrática não é livre nem igualitária e, logo, o poder não é democrático. (NOVAIS, 2006, p. 20).

É claro que o Princípio da Maioria é imprescindível no processo decisório democrático, que ocorre na esfera Legislativa e Executiva, por se tratarem de uma forma de governo democraticamente legitimado.

Ocorre que, o Princípio da Maioria com representatividade legitimada pelo poder do povo, não se habilita a justificar a ofensa aos direitos fundamentais das minorias ou não concretização de direitos fundamentais, pois isso poria em risco a própria característica essencial do Estado de Direito Democrático.

Segundo o Professor Geraldo Ataliba (ATALIBA, 1987), a Constituição que assegure regime democrático deverá garantir os direitos das minorias e, sobretudo, garantir que correntes minoritárias de maior visibilidade desempenhem papel institucional relevante, através de instrumentos capazes de possibilitar representação proporcional. Se, de outro lado, a maioria souber que – por obstáculo constitucional – não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política.

No que concerne à indisponibilidade dos direitos fundamentais, devemos considerar que o constitucionalismo aparece como fronteira insuperável imposta ao poder democrático, ainda que se condicione a existência do Estado de Direito à democracia.

Neste ponto, que se apresenta fundamental a ação judicial validando as posições contramajoritárias, pois, estas ações importam em estabelecer limites às maiorias; e o poder democrático representativo em atenção às necessidades recorrentes das minorias não atendidas em seus pleitos, ou mesmo desrespeitadas, pela dominante maioria.

A defesa de uma posição contramajoritária, em tese, consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais, ou seja, o poder representativo majoritário.

A regra da decisão pela maioria pode representar uma ameaça aos direitos das minorias, uma vez que as representações majoritárias, em especial no Brasil, estão arraigadas em conceitos morais e religiosos, com destaque ao populismo extremo dos representantes do Legislativo e Executivo.

Estes poderes representativos, e sim, com total eficácia e legitimação popular, controlam o poder e tem a tendência natural ao abuso enquanto não encontrassem freios diante de si. Podemos, nestes termos considerar que o problema da democracia representativa da maioria, então, com sua grande virtude: é o domínio da maioria a despeito dos interesses dos grupos minoritários.

Sob este prisma, que se mostra a importância de uma posição contramajoritária. Mas afinal, como uma posição contramajoritária pode se apresentar? Não por outra forma que pelo poder judiciário, em decisões objetivas em casos concretos, o que a doutrina vem chamando de judicialização das questões políticas sociais, e no ativismo judicial que o STF vem desempenhando nos últimos anos de forma frequente.

O Professor Luís Roberto Barroso entende que essa judicialização se trata, na verdade, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais, e tudo isso ocorre em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas, segundo Barroso:

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controversas, como aborto e direitos dos homossexuais. (BARROSO, 2009, pp. 45-46)

Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 2008) entende que, a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.

Barroso (BARROSO, 2009) constata que a judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.

Completa o autor (BARROSO, 2009) que o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de boa política e que o país precisa é restaurar a dignidade da política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo, afirmando que enquanto não houver uma reforma política o STF terá de continuar a desempenhar esta judicialização e o ativismo judicial.

Nesse sentido, vale reproduzir as impressões de Alexandre de Moraes acerca do assunto, bem como suas dúvidas acerca da prática ativista (MORAES, 2011):

Ativismo judicial seria ‘uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores, sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional? Teríamos com o ativismo judicial, clara afronta à Separação de Poderes, com direta usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa [...]; ou verdadeira necessidade constitucional permitida pelos sistemas de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais.

Sem qualquer sombra de dúvidas a Judicialização e o ativismo judicial é tema de extrema relevância entre aqueles que operam o Direito na atualidade. Isso se dá devido ao fato de, com o fortalecimento da justiça constitucional e o consequente uso de novos métodos de interpretação, aliado, ainda que longe do consenso, ao reconhecimento da força normativa principiológica da Constituição.

2. O CASAMENTO HOMOAfetIVO: UMA DECISÃO CONTRAMAJORITÁRIA IMPORTANTE

Caso emblemático para retratar a problemática aqui debatida se dá no tocante à questão da união dos homoafetivos e a possibilidade de igualar seus direitos aos heteronormativos.

Este tema causou uma série de debates por anos na sociedade e no Legislativo e apenas tornou uma realidade no país graças à atuação do STF em uma decisão contramajoritária que vem sendo discutida há um longo tempo no cenário político e jurídico nacional, senão vejamos.

Foram propostos na Câmara dos Deputados dois projetos de lei a tratarem da possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. O projeto de lei 2153/2011 foi apensado ao 7018/2010, de forma que ainda não houve nenhuma decisão pela Casa, sendo que os projetos continuam a tramitar.

Entretanto, o projeto de lei de maior relevância no que tange a essa temática é o de número 1151/1995, que visava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, dentre outras providências. O projeto foi retirado de pauta em 2001 em sessão deliberativa, em face de acordo entre os líderes. Posteriormente, em 2007, o parlamentar Celso Russomano requereu a inclusão do projeto de lei na ordem do dia, justificando pela necessidade de aprovação do projeto em razão dos direitos civis ali constantes. Restou decidido pela presidência da Câmara, no ano de 2011, o arquivamento do requerimento de inclusão na ordem do dia, tendo em vista o fim da legislatura vigente àquela época e este tema acabou que não foi mais colocado em pauta.

O que se percebe com o acima relatado é a falta de interesse dos parlamentares em tratar desse tema em específico, pela controvérsia existente em seu âmago, o que poderia acarretar em um indesejado desgaste político, ocasionando, inclusive, a perda de votos para os

políticos.

Barroso (BARROSO, 2009) compreendeu bem esta questão e entende que “os atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais”

Ante a inércia do Legislativo a Procuradoria Geral da República em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, foi proposta em 22 de julho de 2009, judicializou a questão que teve por objetivo o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e a concessão dos mesmos direitos e deveres dados às uniões heteroafetivas.

Diante da realidade representada pelas uniões homoafetivas, o STF, na ausência de lei específica, viu-se na contingência de reconhecer e disciplinar – à luz dos princípios constitucionais – uma quarta forma de família, que não havia sido prevista, ou seja, a família formada pelos homoafetivos que culminou no reconhecimento do chamado “casamento gay”.

Na decisão inicialmente, pontuou-se que o tratamento normativo dado pela Lei Maior em relação à diversidade de gênero não a coloca como fator de diferenciação jurídica. Há, nesse sentido, a proibição constitucional de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no nível de gênero, seja quanto à orientação sexual de cada um. Dessa feita, esclareceu-se que nas quatro vezes em que o vocábulo “sexo” aparece na Constituição de 88 (inciso IV, art. 3º; XLVIII, art. 5º; XXX, art. 7º; II, §7º, art. 201) objetiva-se a mera distinção entre as duas espécies do gênero humano, masculina e feminina.

Dessa forma, as normas constitucionais não excluiriam qualquer modalidade do uso concreto da sexualidade de cada um, antecipando a licitude da conduta referente à preferência sexual, seja ela qual for.

Em seu voto o Ministro Fux afirmou que “poder-se-ia dizer que os inúmeros princípios constitucionais, quase a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização” e que o reconhecimento da união homoafetiva seria uma emanção do princípio da dignidade da pessoa humana (III, art. 1º, CRFBB/88), em especial o direito à liberdade (art. 5º, II, CRFB/88), à intimidade e vida privada (art. 5º, X, CRFB/88).

Ainda como emanção da dignidade da pessoa humana, citou-se o princípio do reconhecimento, especialmente aplicado às minorias que não possuem posição majoritária, como os homossexuais hodiernamente. Nesse ponto, destacou-se o caráter tipicamente

contramajoritário dos direitos fundamentais, que podem, inclusive, restringir a soberania popular. O Supremo, ao confirmar a prevalência desses direitos, mesmo contra a visão da maioria, exerce seu papel de guardião da Constituição Federal.

A Ministra Carmem Lúcia afirmou que “seria impensável assegurar constitucionalmente a liberdade e igualdade e, no mesmo diploma, trazer regra contraditória em que se tolha a liberdade e se desigule sua cidadania em função da opção sexual”.

Por fim, no entender dos Ministros, a própria Constituição entende o rol de direitos fundamentais como não limitativo aos expressamente elencados (art. 5º, §2º, CF/88), podendo-se prever outros a partir do regime e dos princípios constitucionais ou de tratados internacionais assinados pelo Brasil.

CONCLUSÃO

A respeito do tratamento constitucional do instituto “família”, defendeu-se uma interpretação não reducionista do mesmo. Nos diversos dispositivos constitucionais que se referem à família (como o art. 7º, IV ou XII, art. 5º), pressupõe-se apenas um conjunto doméstico autônomo, sem distinção em razão do gênero dos casais ou de qualquer formalidade.

O amor seria, assim, elevado a principal elemento formador da entidade familiar, a qual não estaria mais vinculada a um critério biológico.

É claro, portanto, o deslocamento da proteção constitucional do casamento para as relações familiares em si. A partir dessa perspectiva, deve-se interpretar os institutos contidos no art. 226 da Constituição de 1988.

Com base nos argumentos expostos, fez-se à análise da constitucionalidade do art. 1.723 do CC/02, objeto da ADI em comento. Por reproduzir o texto constitucional do §3º do art. 226 da CRFB/88, interpretou-se primeiramente a própria norma do dispositivo constitucional para concluir sobre a aplicabilidade do art. 1.723.

Ademais, como demonstrando ao longo da decisão, os princípios constitucionais apontam para uma igualdade entre os gêneros, os quais, independentemente de seu modo de vida, tem direito fundamental à liberdade, em todos os seus aspectos, incluindo a escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem. Como afirmado pela ministra Carmem Lúcia, “Para ser digno há que ser livre”, e o que é indigno levaria ao sofrimento imposto, o que é antidemocrático.

A mesma lógica se estende ao art. 1.723, CC/02, o qual também traz a referência de “homem e mulher” para conceituar a união estável. Frente à possibilidade de interpretação discriminatória, o STF concedeu interpretação conforma a Constituição, para o reconhecimento da união homoafetiva como “entidade familiar”. Exclui-se, assim, qualquer significado que impeça o reconhecimento da mencionada união, que deve se submeter as mesmas regras da união heteroafetivas.

Anota-se que nesse ponto houve divergências laterais dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, os quais manifestaram-se pela impossibilidade do enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família estabelecidas pela Constituição. Apesar do desacordo, reconheceram a união entre pessoas do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Sobre o impasse, o relator observa que a matéria é aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

Observou-se ainda que as uniões estáveis homoafetivas possuiriam não só os mesmos benefícios das uniões heteroafetivas, mas também os mesmos ônus, havendo a necessidade de comprovação da convivência contínua, duradoura e com o escopo de constituição de uma entidade familiar; além da publicidade (requisito que pode ser temperado, vez que é compreensível o segredo de muitos relacionamentos).

Inegável que esta decisão foi um avanço para a sociedade civil. É o estado reconhecendo uma situação, que até então estava na invisibilidade e marginalidade, para lhe dar legitimidade.

Importante reconhecer que esta decisão não seria tomada pelo Legislativo, a questão já é abordada há muitos anos no congresso sem qualquer perspectiva de ser pautada e votada. Pois, como disse Barroso (BARROSO, 2009) “os atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas”.

Cabe destaque o entendimento do Ministro Luiz Fux, quem em seu voto afirma que “nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos”.

Também merece destaque o voto do Min. Marco Aurélio de Melo, que sobre a questão afirmou em seu voto:

No mais, ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso “Cláusula de Barreira”.

Por fim, destaca-se a parte do voto do Min. Celso de Melo que enfatiza que o STF ao proferir uma decisão de caráter contramajoritário objetiva resguardar os direitos das minorias:

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

Tramita no STF outras questões importantes que terão que ser decididas com, ou não, apoio da sociedade. São questões que por ser de cunho “eleitoreiro” não serão pautadas no Legislativo, como dizem: “casamento gay” não dá voto! Bem como o aborto, regularização das drogas ilícitas e até mesmo o uso de banheiros – já está em julgamento no STF ação que pretende autorizar os transexuais a usarem o banheiro a qual se identificam (masculino ou feminino) - entre outros temas relevantes.

Sim o STF está julgando um caso de uso de banheiro. Está em julgamento o Recurso Extraordinário (RE) 845779 (0057248-27.2013.8.24.0000, 2013) – sobre o direito de transexuais serem tratados socialmente de forma condizente com sua identidade de gênero. Esta ação discute a reparação de danos morais a uma transexual que teria sido constrangida por funcionário de um shopping center em Florianópolis (SC) ao tentar utilizar banheiro feminino.

Não há como negar a importância da suprema corte na vida cotidiana das pessoas, até mesmo porque o STF já chegou aos banheiros dos centros comerciais e não pode, como o Legislativo, deixar de analisar as questões, mesmo que isso pareça ser contrária ao poder que emana do povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, G. (1987). Judiciário e Minorias. **Revista de Informação Legislativa**, p. 189-194.

BARROSO, L. R. (20 de julho de 2009). CEAJUD. Fonte: CNJ:
<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>

BOBBIO, N. (1986). **O futuro da democracia** - Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

BONAVIDES, P. (2008). **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros.

DUVERGER, M. (1970). **Os Partidos Políticos**. Rio de Janeiro: Zahar.

HESSE, K. (1991). **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

MORAES, A. d. (20 de julho de 2011).

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev5.htm>. Fonte:
Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev5.htm>

MÜLLER, F. (2011). **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NOVAIS, J. R. (2006). **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra.

VIEIRA, O. V. (2008). Supremocracia. **Revista Direito GV**, 441-464.

0006667-55.2009.0.01.0000, A. -A. (20 de julho de 2009). STF. Fonte: STF:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=118720057248-27.2013.8.24.0000>, R.
E. (20 de julho de 2013). STF. Fonte: STF:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=845779&classe=R E&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>