

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO  
MESTRADO ACADÊMICO DA UNINTER

ROBERTA SANDOVAL FRANÇA NOGAROLLI

O MOVIMENTO CONSERVADOR E A FAMÍLIA BRASILEIRA: A INTEGRIDADE DO  
DIREITO COMO UMA POSSIBILIDADE REAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS

CURITIBA

2022

ROBERTA SANDOVAL FRANÇA NOGAROLLI

**O MOVIMENTO CONSERVADOR E A FAMÍLIA BRASILEIRA: A INTEGRIDADE  
DO DIREITO COMO UMA POSSIBILIDADE REAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, na Linha de Pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, como requisito parcial à titulação no curso de Mestrado em Direito.

Orientadora:  
Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

CURITIBA

2022

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

NOGAROLLI, R.S.F. *O MOVIMENTO CONSERVADOR E A FAMÍLIA BRASILEIRA: a integridade do direito como uma possibilidade real de proteção de direitos fundamentais*. 202f. Curitiba, 2022. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito. Centro Universitário Internacional - UNINTER. Orientação de Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza. Curitiba, 2022. Candidata: Roberta Sandoval França Nogarolli.

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza  
Centro Universitário Internacional - UNINTER

---

Examinador convidado Prof. Dr. José Arthur Castillo de Macedo  
Instituto Federal do Paraná – IFPR

---

Examinador convidado Prof. Dr. Glauco Salomão Leite  
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

---

Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros  
Centro Universitário Internacional - UNINTER

---

Prof. Dr. Daniel Ferreira  
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Data de aprovação:  
Curitiba, 18 de abril de 2022.

*À Vitória.  
A melhor parte de mim.  
Sempre foi por você.*

## AGRADECIMENTOS

A vida é para ser vivida, sempre acreditei nesse lema. Gosto da intensidade da vida, das descobertas e especialmente das viagens. Tenho desejo de percorrer tantos caminhos que, às vezes, meus objetivos demoram um pouco para serem alcançados. A primeira grande conquista foi a graduação em direito na UFPR. Lembro, daquela época, do dia-a-dia na academia, com meus amigos e professores, e dos estímulos que recebia. Existem conversas desse tempo que ainda chamam minha atenção e me impulsionam. Lembro, por exemplo, de quando recebi de presente do Professor Fachin um exemplar (de capa dura) de uma dissertação e de como aquilo me pareceu uma provocação - e acredito que realmente tenha sido. Serei eternamente grata por isso. Demorou um pouco, mas ei-la aqui.

O caminho foi longo e, em muitos momentos, difícil, mas nunca estive sozinha. Existem muitos para agradecer por esta conquista. Agradeço inicialmente à minha orientadora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, por tudo o que veio antes deste trabalho: a amizade, o afeto fraterno, o exemplo, a inspiração e o estímulo. Durante o trabalho, pela orientação preocupada e afetuosa. Foram suas as palavras que reverberaram a cada página da minha escrita. Eram para você os esforços pelos melhores argumentos e pela melhor pesquisa. Fui de uma margem a outra, tenha certeza. Agradeço também, pelo que somos agora, por compartilhar ainda mais, pela pessoa maravilhosa que você é, pela alma boa que irradia generosidade. Você e sua linda família são parte da minha família.

Aos professores Doacir Gonçalves de Quadros e José Arthur Castillo de Macedo, agradeço por serem exemplos de docentes. Suas observações entusiasmadas durante a qualificação foram fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa. Ao professor Glauco Salomão Leite, agradeço pelos diálogos desde as primeiras leituras e eventos acadêmicos, pela generosidade no compartilhamento de ideias, textos e contatos. Foram fundamentais para que eu percebesse que também a família brasileira está na encruzilhada, o que me desafiou a discorrer sobre a sua proteção. Agradeço, à oportunidade do diálogo, ao coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNINTER Professor Daniel Ferreira, pelo incentivo, pelos diálogos, empatia e pelo exemplo. Aos professores agradeço, ao final, pela

leitura atenta do que foi tecido e pela disponibilidade em participar deste momento tão caro para mim.

Aos professores do PPGD Doacir Gonçalves de Quadros, André Peixoto de Souza, Celso Luiz Ludwig, Martinho Martins Botelho, Rui Carlo Dissenha e tantos outros, agradeço pelos ensinamentos e pelo apoio. À Anna Paula e Elenice, agradeço especialmente pela bondade. Aos colegas de mestrado da UNINTER Gabriela, Ruan e Hélio, agradeço pela parceria constante e pelo apoio de todas as horas. Ao amigo Alan pelo incentivo, pelas trocas intensas, pela revisão dos meus textos e suas inestimáveis contribuições, tenha certeza que sem você não teria chegado até aqui. Obrigada por confiar quando eu mesma desconfiava.

Durante o curso de mestrado tive oportunidade de voltar à UFPR, minha *alma mater*, na qualidade de aluna externa. Lá desempenhei funções acadêmicas essenciais para a minha formação, o que não teria sido possível sem os esforços da direção e orientação. Agradeço ao seu Diretor Sérgio Staut Júnior, por oportunizar o intercâmbio científico e ampliação do debate universitário. Agradeço especialmente aos docentes do programa: Professor Miguel Gualano de Godoy, Professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Professora Ana Carla Harmatiuk Matos, Professora Priscila Barboza e aos demais professores, nenhum deixou de ser especial para minha formação. Não posso deixar de agradecer, nessa ambiência, à Caroline Fontes Vieira pela amizade que, desde à primeira vista, já nasceu grande. Agradeço por todas as provocações, por mostrar minhas contradições, debater comigo os textos lidos, pelos seminários compartilhados, por ser exemplo de dedicação e perseverança. Você me ensinou muito e nunca deixou que eu me contentasse com pouco. Fui mais além porque você me desafiava a cada passo. Nossos textos são divergentes, é verdade, mas se completam. Obrigada de coração.

Além disso, para que eu pudesse me dedicar ao mestrado, contei com a inestimável colaboração da minha equipe de trabalho, agradeço imensamente às minhas meninas guerreiras: Valéria, Maria da Glória e Fernanda por todos os esforços e por tornarem o meu sonho possível. Valéria, a você agradeço particularmente pela sua dedicação, pelo seu amor e amizade. A cada dia que passa, admiro e me orgulho mais da pessoa que é. Você não sabe a importância que tem na minha vida.

Agradeço, igualmente, à amiga e professora Luciana Drimel Dias que foi fundamental para a delimitação do tema e estruturação das ideias iniciais. À amiga

Carla Araújo, que tem o dom da alegria, agradeço pela parceria na vida, na academia e nas pistas de corrida.

Agradeço, também, a toda a minha família, que é e sempre foi plural. Aos meus pais pelo dom da vida. Aos meus irmãos, pelos momentos compartilhados. À minha sogra afetiva, por ensinar a resiliência e aos meus enteados (e suas famílias) pela família que formamos. Agradeço à minha família australiana porque, mesmo sem perceber, vocês são pilares de sustentação. Diego, Chelsea, Cooper, Nate, Jan, Marteen e Josh: que alegria os ter sempre perto do coração. À família que a vida me trouxe, Ana Paula, Gabi e Heloisa, agradeço por cuidarem de mim e da minha pequena família quando eu mesma não podia. Agradeço pelo apoio e por nunca me deixarem desistir. Vocês moram no meu coração. À família extensa, Alessandra, André, Gus e Duda, eu agradeço por compreenderem as faltas e por serem presentes mesmo assim. Viver com vocês é sinônimo de alegria e diversão e faz tudo valer a pena. Gostaria de agradecer à minha Lili, por tudo e por tanto, sem você eu nada seria. Ao meu marido Márcio por dividir a vida, compreender o quanto este passo era importante para mim, por ter suprido as minhas faltas cuidando da Vivi e da Ninna, vencendo cada desafio com paciência e muito bom humor. À Ninna, bebê de quatro patas, eu agradeço a presença nas madrugadas de estudo compartilhadas - foram muitas, e sua companhia foi fundamental para que eu pudesse vencer o desafio.

Finalmente, agradeço à Vitória, minha amada filha, que antes mesmo de nascer já havia roubado meu coração. Não sei se já lhe disse, mas desde que soube da sua existência, o mundo ficou colorido, todo o vazio foi preenchido, a dor só uma etapa da superação e o impossível ficou a apenas um passo. Você me ensinou a ser melhor. Sua alegria, sua bondade, seu sorriso, seu amor me motivam e me enchem de esperança e orgulho. Nossa vida é marcada por trilhas sonoras, não é mesmo? A deste momento, então, poderia ser: "Vai tua vida, teu caminho é de paz e amor, a tua vida é uma linda canção de amor... Ah, ... Se todos fossem (no mundo) iguais a você, que maravilha viver". Tudo foi, é e sempre será por você. Que fique registrado em texto: *Jè T'aime!!!*

*“O universo não é uma idéia minha.  
A idéia que eu tenho do universo é  
que é uma idéia minha”.*

**FERNANDO PESSOA**



## RESUMO

O presente estudo se debruça sobre o conceito contemporâneo da família brasileira previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o objetivo de demonstrar que os seus direitos fundamentais estão sendo sistematicamente confrontados por diversos movimentos conservadores que lhe são avessos. Os direitos das famílias brasileiras foram colocados na centralidade do debate político-institucional em relação a políticas públicas afirmativas e à atuação do Supremo Tribunal Federal, por isso a investigação se torna importante. Orienta-se pela hipótese de que uma moralidade subjacente à política e à religião possa impossibilitar a eficácia dos preceitos fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade, resultando na restrição de direitos positivados a uma parcela vulnerável da sociedade brasileira. Considera a impossibilidade real de retrocesso em matéria de direitos fundamentais e defende que uma teoria jurídica que entenda o direito como parte da moralidade política da comunidade, com coerência e integridade, se mostra apta para a garantia e a efetividade das determinações constitucionais. Ilustra o direito sendo desenvolvido como um romance em cadeia, onde cada autor parte do que foi escrito antes, voltando sua atenção ao que está no porvir, serve não apenas para manutenção da coesão do sistema como um todo, mas, para tornar possível a realização de uma justiça social que trate a todos com igual consideração e respeito. Nesse particular, tem relevo o papel contramajoritário do STF e o modo como atuam na proteção dos direitos das minorias e redução da vulnerabilidade social. Aportando-se na tese do direito como integridade como método, critério e limite de uma teoria decisória mais adequada à realidade brasileira. A metodologia empregada é processual. Reune etapas do método dedutivo analítico, sobreposta por etapas em que prevaleceu o método dedutivo estrutural e, por fim, empregou-se uma metodologia indutiva.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; conservadorismo brasileiro; família plural; direitos fundamentais; direito como integridade; Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The present study focuses on the contemporary concept of the Brazilian family provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in order to demonstrate that its fundamental rights are being systematically confronted by several conservative movements that are averse to it. The rights of Brazilian families were placed at the center of the political-institutional debate in relation to affirmative public policies and the performance of the Federal Supreme Court, so the investigation becomes important. It is guided by the hypothesis that a morality underlying politics and religion can make the effectiveness of the fundamental precepts of freedom, equality and dignity impossible, resulting in the restriction of positive rights to a vulnerable part of Brazilian society. It considers the real impossibility of going backwards in terms of fundamental rights and argues that a legal theory that understands the law as part of the political morality of the community, with coherence and integrity, is suitable for the guarantee and effectiveness of constitutional determinations. It illustrates the law being developed as a chain novel, where each author starts from what was written before, turning his attention to what is to come, serves not only to maintain the cohesion of the system as a whole, but to make possible the realization of a social justice that treats everyone with equal consideration and respect. In this regard, the STF's counter-majoritarian role and the way in which they act in protecting the rights of minorities and reducing social vulnerability are highlighted. Based on the thesis of law as integrity as a method, criterion and limit of a decision-making theory more adequate to the Brazilian reality. The methodology used is procedural. It brings together steps of the analytical deductive method, superimposed by steps in which the structural deductive method prevailed and, finally, an inductive methodology was used.

**Keywords:** constitutional jurisdiction; Brazilian conservatism; plural family; fundamental rights; right as integrity; Federal Court of Justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>1 CONSERVADORISMO, NOVO CONSERVADORISMO E SEUS REFLEXOS NA GARANTIA DA JUSTIÇA SOCIAL: A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS FAMÍLIAS PLURAIS</b>	<b>17</b>
1.1 O CONSERVADORISMO, O <i>BACKLASH</i> , E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: MOVIMENTOS DE AÇÃO E REAÇÃO E A PREPONDERÂNCIA DO PATRIARCALISMO ESTRUTURAL	17
1.2 O NOVO CONSERVADORISMO NO BRASIL: CONSTRUINDO A AMBIÊNCIA ONDE SE INSERE A FAMÍLIA (PLURAL) BRASILEIRA	37
1.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: DO PATRIARCADO AO <i>HOMESCHOOLING</i> , A “DOCTRINAÇÃO DE GÊNERO” E A INCLUSÃO DAS MINORIAS	59
<b>2 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, LIBERDADE E DIGNIDADE: O DIREITO PLURAL</b>	<b>72</b>
2.1 AS FAMÍLIAS COMO FATO CULTURAL, HÉRCULES E HERMES(NÊUTICA) JURÍDICA DE PRINCÍPIOS: O CONTEXTO DA REGRA NÃO ESCRITA	72
2.2 O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ESTRUTURA DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	94
2.3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS PERIGOS DO MORALISMO POLÍTICO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITO FUNDAMENTAL	114
<b>3 A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS FAMÍLIAS PLURAIS</b>	<b>128</b>
3.1 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A POLÍTICA ATIVA DA JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS	128
3.2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN E A LEGITIMIDADE DA CORTE CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS FAMÍLIAS PLURAIS	149
3.3 PROPOSIÇÕES PARA UMA EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS PLURAIS	162
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>179</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>185</b>

## INTRODUÇÃO

O artigo 226 da Constituição Federal brasileira de 1988 afirma que “a família é a base da sociedade e tem especial atenção do Estado”.<sup>1</sup> Questiona-se o que seria, de fato, o significado dessa afirmação de direitos positivados? O que significa dizer que a família é a base do Estado? De que família se está a falar? E que Estado afirma essa verdade?

Da realidade, a família é ente absolutamente desprestigiado pelo Estado brasileiro. As matérias dos jornais expõem uma triste realidade de violência familiar crescente, de vulnerabilidade social extrema, de desrespeito à liberdade de ser e de viver e da imposição pela fé e pela política de uma moralidade dominante que não é culturalmente assimilada pela sociedade.

A família está na encruzilhada entre o direito e o não direito, portanto, vulnerável. Vulnerabilidade, termo originário do movimento de Direitos Humanos, difundiu-se nos anos 1980, no campo da saúde pública ao tratar da epidemia da Aids, incorporando a ideia de um direito que “todas as pessoas deveriam ter de alterar suas condições de vida para tornarem-se menos vulneráveis e, assim, promover a igualdade para todos”.<sup>2</sup>

Entretanto, muitas vezes a condição de vida não pode ser transposta pela vontade individual, é preciso que o Estado atue positivamente na realização dessa possibilidade de vida boa. Uma vida boa que contemple a todos indistintamente. Seria justo pedir que pessoas aguardem pela realização de seus direitos?<sup>3</sup> Tal como

---

<sup>1</sup> No estudo não houve intenção de respeito à ordem cronológica da evolução do direito civil. O esboço histórico é utilizado como ferramenta hábil a contrapor dois modelos de família: a que se viu da colonização pátria e a que se tem na contemporaneidade e que se pretende seja mantida. Portanto, nos capítulos iniciais o discurso histórico “serve de saída, ao positivismo histórico-linear das reduções cronológicas.” FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil, sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 3.

<sup>2</sup> ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. **Capacitação solidária: um olhar sobre os jovens e sua vulnerabilidade social**. Associação de Apoio ao Programa Capacitação Solidária. São Paulo, 2001, p. 11.

<sup>3</sup> Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. **A Razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília. UNICEUB, v. 05. n. especial. 2015. p. 25. Cita-se o debate havido entre o autor e Mark TUSHNET em Harvard, ambos professores, progressistas e compromissados com o avanço social. Tushnet achava que só o Legislativo poderia consagrar direitos e conquistas. Barroso, por sua vez, achava que o Legislativo deveria ter preferência em atuar. Mas, se não agisse, a atribuição seria transferida para o Judiciário. Eis o diálogo entre ambos: – Professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais

ocorrera, por exemplo, na ambiência norte americana, retratada no caso *Brown vs Board Education*, no qual (em um dado momento histórico-cultural) a sociedade compreendia que leis segregacionistas não violavam a cláusula de igual proteção prevista na 14ª Emenda Constitucional. Anuindo, assim, com práticas seculares flagrantemente discriminatórias<sup>4</sup> que exigiam que negros segregados aguardassem (wait)<sup>5</sup> por um melhor momento histórico (que nunca chegava), quando a doutrina do *separate but equal* pudesse ser revertida, para reconhecer os mesmos direitos a brancos e negros.<sup>6</sup>

Como pedir para aqueles que estão alijados dos seus direitos, postos à margem, vulnerabilizados, esperarem pela alteração das suas condições de vida? Por qual razão a família brasileira deveria esperar pelo reconhecimento de sua pluralidade, se esse valor já permeia a sociedade e a Constituição Federal<sup>7</sup> vigente? É um equívoco acreditar que alguns têm mais direitos do que outros.

O conceito de família, na contemporaneidade, contempla múltiplos aspectos da igualdade, da liberdade e da dignidade e permite defender-se que está na centralidade de um Estado que se pretende democrático, pois, nele predominam esses valores como essenciais. Lida de forma orgânica a Constituição diz bem mais que isso, diz que o modelo de família não está nos números *clausus* do texto escrito<sup>8</sup> mas nas dimensões do afeto, da liberdade e da igualdade. De modo que a família contemporânea não serve aos fins do Estado. Ao contrário, é o Estado que deve se desenvolver para abarcar todas as formas de família. Assegurando, formal e materialmente, direitos que lhe sejam fundamentais, tais como: direitos reprodutivos,

---

poderem expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”. – Professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?”

<sup>4</sup> LEITE, Glauco Salomão: **A Dinâmica Da Política Constitucional: O Que Podemos Extrair Do Caso “Brown Vs. Board Education”?** Revista do Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul. v. 2, n. 55, p. 2-12, maio/ago. 2018. p. 4.

<sup>5</sup> Para mais, sugere-se: WASHINGTON, Sharon. **We're Still Waiting For The Promise of Brown v. Board Of Education To Be Fulfilled.** Disponível em: <[https://www.huffpost.com/entry/brown-v-board-of-education-integration\\_n\\_609fc167e4b063dcceaa219d](https://www.huffpost.com/entry/brown-v-board-of-education-integration_n_609fc167e4b063dcceaa219d)>. Acesso em: 08 mar. 2022.

<sup>6</sup> Para compreensão do contexto cultural e histórico deste marco do direito constitucional sugere-se o filme: **Roe X Wade: direitos das mulheres nos EUA.** Documentário. 2018.

<sup>7</sup> No texto para referir-se à Constituição Federal de 1988, serão utilizados os termos: Constituição, Constituição de 1988 e Constituição Federal.

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** IBDFAM. 2004. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

autonomia sobre o próprio corpo, liberdade de escolha e de proteção contra qualquer forma de discriminação e retrocesso.

A pretensão inicial da pesquisa era demonstrar que o direito de família se desenvolveu qualitativa e quantitativamente pelas mãos das decisões judiciais dadas pela Corte constitucional, após o advento da promulgação da Constituição de 1988. Nesse ponto, a centralidade estaria no desenvolvimento do ativismo judicial, como parte de uma função interpretativa do julgador. Entretanto, as pesquisas conduziram o trabalho para a percepção de que os direitos da família brasileira estão sob o ataque de uma agenda (organizada e sistemática) desenvolvida pelo conservadorismo. Foi a partir da consideração de que minorias temem pela perda de seus direitos fundamentais que este trabalho se construiu. Então, os esforços são para a proteção dos direitos conquistados pela família brasileira. São eles que estão na centralidade do diálogo. Não se pretendeu falar sobre os modelos de família e nem mesmo sobre o tratamento das questões jurídicas pelo direito civil contemporâneo. Ao perceber que há um risco eminente de retrocesso de direitos individuais e sociais, a pretensão genuína desta pesquisa foi a de compreender e proteger os direitos, os direitos fundamentais, das famílias brasileiras. A pesquisa encontra, então, no direito como integridade, uma técnica de interpretação constitucional suficiente para revelar o instituto na sua melhor luz.

De fato, a família é a base da sociedade e deve receber tratamento adequado do Estado, no entanto, a oração não deve refletir palavras vazias. É preciso que se dê significado à norma, garantias de sua plena eficácia e proteção ao sujeito que por ela reclama. A teoria constitucional desenvolvida por Ronald Dworkin<sup>9</sup> para o ambiente liberal do Common Law apresenta, também para a realidade jurídica brasileira, importantes e necessárias ferramentas hábeis ao desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional que dá sentido a regras abstratas, desprovidas de eficácia e de valor. E não teme reconhecer que o direito é fenômeno social, moral e político.

O direito, compreendido sob as balizas da integridade e da coerência, pode garantir a eficácia da norma e evitar retrocessos em matéria de direito da família,

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes 1994; DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins fontes, 2010.

especialmente em tempos de flagrantes ataques às instituições, movimentos conservadores e regimes totalitários. Este estudo se propõe a revelar que também a voz dos vulneráveis deve ser considerada, mesmo quando se esteja sob a égide de uma sociedade conservadora. Nesse sentido, caberá ao Poder Judiciário, em última análise, a proteção dos direitos fundamentais da família brasileira.

A pesquisa teve início no Projeto de Iniciação Científica: Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas, vinculado ao Centro Universitário Internacional – UNINTER, através do estudo da jurisdição constitucional e do fenômeno do ativismo judicial, fenômeno bastante atrelado às decisões judiciais dadas pela Corte constitucional em matéria de direito das famílias brasileiras. É atual porque, para além de qualquer pretensão conceitual, se propõe a considerar que o direito de família é, antes de tudo, fato cultural e, depois, direito. Sustenta a sociedade e é sustentado por ela. Por isso mesmo é que não pode ser limitado pela lógica do texto escrito. Deve ser permanentemente oxigenado pelos valores constitucionais da liberdade e da igualdade e tratado, no caso concreto por aquele que detém o dever de protegê-lo e de assegurá-lo à sociedade de hoje e à sociedade de amanhã.

Logo, sem pretender encerrar o debate, mas estimulá-lo, desenvolve-se o tema em três capítulos. No primeiro capítulo apresenta-se a noção de que direitos resultam de processos históricos de transformação da sociedade, portanto, não se tratam de concessões, mas daquilo que todos têm e podem exigir. Nesse contexto, aponta-se a evolução dos direitos afirmados, para concluir que os direitos fundamentais são um conjunto de direitos e liberdades jurídicas institucionalmente reconhecidos e afirmados pelo direito positivo. Contemporaneamente, a Constituição Federal traz extenso rol de direitos e liberdades individuais que não poderiam ser privados da sociedade. No entanto, que estão sendo cada vez mais violados. Uma possibilidade é a de que um novo movimento conservador (político e legislativo), que é novo porque traz em si um forte componente moral-religioso, atue em reação ao desenvolvimento da sociedade e a própria Constituição.

É nessa ambiência que a família brasileira se encontra. Diferentemente do conservadorismo do século passado, o novo conservadorismo brasileiro coloca as questões da família, da sexualidade, da reprodução sob uma perspectiva de prevalência de valores cristãos e visa estabelecer uma moralidade coletiva pautada pela retidão moral. Sob essas balizas, são apresentados projetos de lei que negam direitos fundamentais. Contudo, ainda que não existam direitos absolutos, direitos

fundamentais somente podem ser relativizados pela presença de outro igualmente fundamental. As análises que se seguirão são, então, consideradas a partir das teorias do marco teórico eleito pela razão de que, entre tantos motivos, partem da prática jurídica vista na sua melhor luz.

No segundo capítulo, delimitado o tema, a pesquisa é desenvolvida a partir da mitologia grega para explicar as razões pelas quais a família não pode ser compreendida como um fato natural, tal como assim a compreendem os religiosos e os conservadores. A família é plural. Por isso não cabe em conceitos e definições diminutas. No entanto, tais considerações servem de pano de fundo para refletir que na origem da polêmica político-religiosa está um debate bem mais profundo sobre a possibilidade de juízes dizerem um direito novo no caso concreto. De modo que, não se escapa da consideração de que há, mesmo em contextos de Constituições escritas, uma Constituição invisível.<sup>10</sup> Afinal, os juízes podem fazer leis? Impossível o desenvolvimento da função judicial sem que se interpretem leis. Logo, o capítulo apresenta o Juiz Hércules não como modelo de um “super” juiz, como o fazem alguns estudiosos, mas como um juiz que sabe e reconhece o seu papel e por isso pode exercê-lo.

Para que isso seja possível, o sistema constitucional brasileiro é desenvolvido sob a ótica dos direitos fundamentais e da estrutura do judiciário. Nesse ponto, discorre-se sobre os princípios democráticos e sobre o constitucionalismo democrático para concluir que no sistema brasileiro questões como ativismo judicial, judicialização da política e proeminência do judiciário são questões institucionais que fazem parte do jogo democrático. Ao final, considera-se o direito como integridade como uma forma melhor de se pensar o direito, pois, afigura-se como ferramenta para a realização das promessas da Constituição.

No terceiro e último capítulo, por sua vez, a investigação se desenvolve sobre o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, para argumentar que a ele incumbe a proteção dos direitos fundamentais das famílias brasileiras. Considera-se que, também na Corte constitucional, há um movimento de avanços e de retrocessos. Existem momentos de Cortes mais deferentes ao Legislativo e ao Executivo e de

---

<sup>10</sup> Tradução livre do termo cunhado por Laurence Tribe, que explica que, para além do texto explícito de uma Constituição existem pistas que são fornecidas por uma estrutura sua que é invisível. Sugere-se a leitura de Laurence H. Tribe. **The invisible Constitution**. Oxford University Press. 2008.



Cortes mais expansivas e bem mais atentas aos direitos fundamentais. O que sugere a possibilidade de a efetividade dos direitos afirmados estar ao sabor de marés. Portanto, importa considerar que a adoção do direito com integridade como método, critério e limite para atuação judicial possa servir de obstáculo à discricionariedade, ao mesmo tempo que possa considerar o direito como uma construção interpretativa, como em um romance em cadeia, onde cada autor parte daquilo que já foi escrito antes, para encontrar um direito que sirva à realização da justiça social.

Quanto à metodologia da pesquisa, parte-se da conjectura de que o processo de construção de conhecimento científico é uma disciplina que está em constante alteração. Alinha-se a perspectiva contemporânea de ciência, de conhecimento e de produção científica e por isso a metodologia empregada é processual, ou seja, pode ser percebida pelo caminho percorrido durante o processo de estudo e desenvolvimento que é composto por diferentes etapas. Na primeira etapa, a pesquisa instrumentalizou-se a partir de técnicas de pesquisa para levantamento e análise documental. Nesse momento perquiriu-se pelos principais elementos bibliográficos sobre o tema, através de uma revisão sistemática para levantamento dos documentos que tratam do tema. E, por meio de uma metodologia sistêmica, determinou-se critérios de inclusão e exclusão de materiais que poderiam ser adotados. Nesse movimento, priorizou-se aqueles decorrentes de teses e dissertações, artigos científicos, documentos legislativos, norma, Lei e jurisprudência havidas no âmbito nacional e internacional.

Além destes, diversas matérias jornalísticas foram diligenciadas e utilizadas na construção do texto. Esta etapa estruturou-se por meio de um estudo teórico conceitual do tipo dedutivo analítico para o estabelecimento dos conceitos empregados ao longo do processo. Em uma segunda etapa, uma metodologia dedutiva estrutural se sobrepôs para alinhar o conceito de família dentro do sistema jurídico brasileiro, no qual estão presentes os princípios e os valores da Constituição. Na última parte da pesquisa, apropriou-se de uma metodologia empírica para o tratamento e análise dos julgados colacionados para, ao final, por uma metodologia indutiva, analisar o comportamento da Corte constitucional.

# 1 CONSERVADORISMO, NOVO CONSERVADORISMO E SEUS REFLEXOS NA GARANTIA DA JUSTIÇA SOCIAL: A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS FAMÍLIAS PLURAIS

## 1.1 O CONSERVADORISMO, O *BACKLASH*, E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: MOVIMENTOS DE AÇÃO E REAÇÃO E A PREPONDERÂNCIA DO PATRIARCALISMO ESTRUTURAL

Os direitos fundamentais não surgiram de forma estática ou concreta: resultam de constante processo histórico, como conseqüências de paulatinas transformações das sociedades. Não foram reconhecidos de imediato, estão sendo conquistados progressivamente conforme a própria experiência da vida humana, que está sempre em evolução. A ideia de que as instituições (aqui entendidas para além de organizações políticas) como sistemas firmemente estabelecidos e socialmente prevalentes de regras que estruturam as interações sociais<sup>11</sup> devem servir aos cidadãos e não para a satisfação do governante, trouxe a necessidade de reconhecimento de que os direitos não são meras concessões. Indicam, objetivamente, um tipo de sistema normativo<sup>12</sup> que se pretende efetivo.<sup>13</sup>

Direitos são, subjetivamente, prerrogativas que se tem e que se pode exigir, como um fenômeno da realidade. Direitos são trunfos.<sup>14</sup> Uma combinação do que está posto nas leis emanadas do Estado, da jurisprudência dos tribunais e daquilo que é construído diariamente na evolução das comunidades. Traduzidos concretamente pelos princípios de direito e de moral que organizam e pacificam a vida em sociedade.

A história é repleta de momentos especiais de conquistas de direitos, intercalados por inacreditáveis períodos de retrocessos históricos, onde graves crimes contra a humanidade foram praticados. Dentre esses momentos destacam-se alguns que serviram para a afirmação de direitos da pessoa humana. Sem qualquer pretensão de uma coerência cronológica o que se pretende construir, em verdade, é um tecido que conduza, ao final, a conclusão de que vivemos um período do tempo que requer atenção para a conservação dos direitos alcançados.

<sup>11</sup> HODGSON, Geoffrey M. **What are institutions?** Disponível em: <[https://scholar.google.com.br/citations?view\\_op=view\\_citation&hl=pt-BR&user=YbJZ1twAAAAJ&alert\\_preview\\_top\\_rm=2&citation\\_for\\_view=YbJZ1twAAAAJ:JQOojil6XY0C](https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=YbJZ1twAAAAJ&alert_preview_top_rm=2&citation_for_view=YbJZ1twAAAAJ:JQOojil6XY0C)>. Acesso em: 03 jan. 2022.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 2010. p.195 -196.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**, p. 194.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2014, p. 507.

Na Grécia antiga, por exemplo, embora já se compreendesse o direito à liberdade, a escravidão<sup>15</sup> era vista como algo normal e genuíno,<sup>16</sup> já que, mantendo a economia da *Polis* ativa, permitia que os cidadãos se dedicassem à atividade política.<sup>17</sup> Quanto à família, não havia qualquer liberdade. A família se estruturava na figura e nos interesses do patriarca e era o palco da “mais severa desigualdade”. A sua sujeição ao *pater familiae* naturalizava-se na necessidade da própria sobrevivência.<sup>18</sup>

A ideia de que todas as pessoas deveriam ser tratadas com a mesma consideração e o mesmo respeito,<sup>19</sup> não era concebida, prevalecia um pensamento de que as desigualdades eram justificadas e as discriminações legítimas.<sup>20</sup> Preponderava um conceito estamental (castas) de aferição e manutenção de direitos e deveres que não se alterava até o final da vida. Portanto, a condição de pertencer a espécie humana não garantia nenhum direito inato às pessoas.<sup>21</sup>

Ao avançar do tempo, outro momento importante merece destaque: o movimento renascentista, que trouxe luz à pessoa humana, no qual que coube à igreja católica fomentar os primeiros debates sobre dignidade do homem<sup>22</sup>, baseada em noções ainda precárias de liberdade de igualdade e de autonomia individual. A dignidade passa a ser vista como um atributo de todas as pessoas e não apenas de alguns poucos escolhidos. Com o advento do Iluminismo<sup>23</sup>, a concepção igualitarista ganha força, especialmente com a Revolução Francesa, que se desenvolve sob os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

---

<sup>15</sup> Segundo Arendt, na antiguidade, a escravidão não era apenas forma de obtenção de mão de obra barata ou exploração humana com objetivo de lucro, era, em verdade, meio de exclusão do trabalho da condição de vida humana. Um reforço à condição inumana do escravo. A morte era melhor que a escravidão. Veja-se ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2005. p. 94-95.

<sup>16</sup> COULANGE, Fustel. **A cidade antiga**. Lisboa: Livraria Clássica. 8.ed. p.121-144.

<sup>17</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005, p. 91.

<sup>18</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. p. 41.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2. ed. 2007. p. 228.

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo horizonte. Fórum, 2019. p. 30.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 32.

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 33.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 34. Cita o autor que, do Iluminismo, vieram a noção de plena igualdade entre os cidadãos. Para Immanuel Kant as pessoas, diferentemente dos animais, não têm preço, mas dignidade. Expressão que fundamenta a afirmação de que, a dignidade na autonomia da pessoa humana confere a capacidade se auto determinar pela lei moral. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa. Edições 70. 2011. p.73 - 85.)

Contraditoriamente, a Revolução Francesa negou às mulheres o direito de serem cidadãs, retomando o diálogo tradicional de submissão e separação entre os sexos. Somente anos mais adiante, no século XX, é que o movimento de mulheres volta a se desenvolver na sociedade, como movimento de lutas pelo direito à voto, à cultura e à educação, com pautas como igual condição de trabalho e de pleno desenvolvimento individual. A partir da década de 1960 esse movimento ganha visibilidade e promove mudanças nos valores, nos costumes e nas relações familiares.<sup>24</sup>

Em reação aos ideais iluministas, a ultradireita do final do século XVIII e início do século XIX, difundiu a ideia de que os seres humanos não poderiam ser tratados como iguais, porque não nascem iguais.<sup>25</sup>

É possível afirmar, teoricamente, que o Estado liberal é alcançado a partir de três eventos históricos; a Revolução Inglesa (1689), com a afirmação do Parlamento e de uma Monarquia constitucional, a Revolução Americana (1776), com a emancipação americana das colônias inglesas e a sua reunião em um Estado independente, consagrado na Declaração de Independência, e a Revolução Francesa (1789), consistente em um processo de profunda transformação política e social.<sup>26</sup>

A promulgação das 10 primeiras emendas pela Constituição dos EUA (*Bill of Rights*) em 1787 (primeira Constituição escrita e solene) é um dos grandes marcos históricos de conquistas de direitos. Marco de um Estado que se propôs republicano, federativo, forte na tripartição de poderes e que, em 1789, é complementada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, avançando ao estabelecer formalmente que todos os homens nascem livres e iguais em matéria de direito.<sup>27</sup>

Afirmações históricas de direitos provocam, assim, reações revolucionárias por alguns que, compreendendo a liberdade como um valor fundamental, opõem-se aos governantes. O intuito passa a ser o de limitar o poder das majorias (representadas pelo legislativo) e garantir direitos humanos efetivos.<sup>28</sup> É que o Estado

<sup>24</sup> ARAÚJO, Maria de Fátima. **Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-56652005000200004>>. Acesso em: 09 jan. 2022.

<sup>25</sup> ARAÚJO, Maria de Fátima. **Diferença e igualdade nas relações de gênero**.

<sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v.2, n2, 2001. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/34/36>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

<sup>27</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 34.

<sup>28</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 129.

Moderno garante em contrato a igualdade perante a lei. No entanto, a mera formalização dos direitos não traduz a plena igualdade de direitos a todos. Estas Cartas Constitucionais estabelecem a separação de poderes (limitação ao poder estatal) e os direitos fundamentais como elementos essenciais. Significa dizer, então, que embora elas sirvam de “limite” e “vínculo” da maioria, não se prestam a conceder um salvo conduto para que, em nome de uma maioria (eventual), violem-se direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de um absolutismo da maioria.<sup>29</sup> Exemplos totalitários pululam na história recente e recomendam a plena observância desses direitos.

A Constituição Mexicana, 1917, incorporou ao rol dos direitos fundamentais os direitos trabalhistas, promovendo-os ao mesmo patamar das liberdades individuais e dos direitos políticos. Temas como limitação de jornada de trabalho, proteção à maternidade, limite etário para trabalho em fábricas e indústrias e o trabalho noturno de menores. Uma nova concepção de direitos humanos que se consolidou para alcançar direitos sociais.<sup>30</sup> Estes ganharam corpo e amplitude com a Constituição de Weimar, 1919, sistematizada através de dois temas: a organização do Estado e a declaração dos direitos e deveres fundamentais. Liberdades individuais como limites que não podem ser transpassados pelo Poder Público e Direitos sociais que exigem políticas públicas afirmativas.<sup>31</sup> Notadamente social, essa carta de direitos inovou ao elevar a família à proteção do Estado; estabeleceu regra de igualdade entre marido e mulher, isonomia da filiação, direito fundamental à educação, além de outros direitos que tratam de assegurar a todos existência humana digna.

No pós-guerra, diante de tanta miséria humana, veio a Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948<sup>32</sup> – para constituir um novo marco, os direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade como princípios axiológicos norteadores do desenvolvimento das sociedades. Dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e solidariedade como princípios fundamentais positivados em lei.

---

<sup>29</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo. Almedina, 2018, p. 22.

<sup>30</sup> PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917**. Brasília a. 43. n. 169. jan.mar, 2006. Disponível em: <academia.edu. [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57219119/Pinheiro\\_Maria-with-cover-page-v2.pdf](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57219119/Pinheiro_Maria-with-cover-page-v2.pdf)>.

<sup>31</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 6. ed. 2008. p. 45-46.

<sup>32</sup> **Declaração Universal dos Direitos Humanos** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Acesso em: 19 dez. 2021.

Logo, as Constituições modernas tratam de incorporar amplo rol de direitos fundamentais como mecanismo de proteção das liberdades individuais e sociais em detrimento do poder dos governantes. Visto desse modo, direitos fundamentais “são princípios que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica”, dotados de uma “eficácia expansiva” que alcança “todos os âmbitos jurídicos”.<sup>33</sup> Para Dworkin haveria, inclusive, um direito de desobedecer a lei, quando esta invada os direitos do homem, contra o Estado.<sup>34</sup>

Fato é que direitos fundamentais descrevem um conjunto de direitos e liberdades jurídicas que são institucionalmente reconhecidos e assegurados pelo direito positivo. São direitos históricos conquistados em circunstâncias de lutas sociais e políticas que pretenderam a legitimação de novas liberdades em face de velhos poderes.<sup>35</sup> São exemplos dessas lutas os movimentos feministas, socialistas e antirracistas. Por isso, os direitos fundamentais funcionam como trunfos contra a maioria<sup>36</sup> e servem para proteger o mais vulnerável do seu próprio meio cultural, social ou familiar de uma cultura dominante.<sup>37</sup>

Sob o signo do direito à diferença, os movimentos sociais propõem novos imperativos categóricos,<sup>38</sup> o que, pela sua ambiguidade, se apresenta como uma espécie de cilada, já que o desrespeito à diferença é cultuado, historicamente, pelo conservadorismo.<sup>39</sup>

Ao longo da história, a diferença entre os sexos serve de anteparo para legitimar o aprisionamento da feminilidade em um modelo estrutural tradicional que valoriza a mulher do lar e criminaliza aquela que busca pelo reconhecimento do seu

<sup>33</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, p. 32.

<sup>34</sup> “[...] Em nossa sociedade, às vezes um homem tem o direito, no sentido forte, de desobedecer à lei. Tem esse direito toda vez que a lei erroneamente invade seus direitos contra o governo. Se ele tiver um direito moral à liberdade de expressão, terá então o direito moral de infringir qualquer lei que o governo, em virtude daquele seu direito, não tenha autoridade para adotar. O direito de desobedecer à lei não é um direito isolado, que tem algo a ver com a consciência, mas uma adição a outros direitos contra o governo. É simplesmente uma característica desses direitos contra o governo e em princípio não podemos negá-lo, sem que também neguemos a existência desses direitos.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 294-295.

<sup>35</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, p. 40.

<sup>36</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Direitos humanos e democracia**. Coord. Clémerson Merlin CLÉVE, Ingo SARLET e Alexandre Coutinho PAGLIARINI. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p. 80.

<sup>37</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**, p. 45.

<sup>38</sup> Imperativo categórico, no sentido de que todo ser humano deve agir de acordo com princípios morais. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa. Edições 70. 2011.)

<sup>39</sup> ARAÚJO, Maria de Fátima. **Diferença e igualdade nas relações de gênero**.

direito à liberdade e à igualdade.<sup>40</sup> Em uma perspectiva essencialista, poderia se dizer que, esse feminismo universal justifica a discriminação das mulheres, ao passo que, em uma perspectiva culturalista, as diferenças sexuais são fruto da socialização e da cultura. Então, teoricamente, a superação das leis patriarcais poderia eliminar as diferenças sexuais.<sup>41</sup>

No Brasil, em matéria de direitos fundamentais, importantes avanços ocorreram ao longo da história. A Constituição Federal veio para coroar essas conquistas, dispondo de amplo rol de direitos e liberdades individuais: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, o direito de não ser privado de direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política (art. 5). Assegurou ao brasileiro a convivência familiar (art. 227) e o meio ambiente preservado (art. 225), o que serve para impor deveres de abstenção aos órgãos públicos, ao mesmo tempo em que valoriza a autonomia privada. Entretanto, o que sobressai da realidade é a pouca efetividade dos direitos fundamentais positivados. Encontram-se nas manchetes dos jornais graves violações aos direitos fundamentais como contra indígenas,<sup>42</sup> altas taxas de criminalidade, homicídios e violência contra jornalistas,<sup>43</sup> mulheres<sup>44</sup> e membros das comunidades LGBT,<sup>45</sup> além da existência de um sistema tributário injusto e desigual, fomentado pela inobservância efetiva dos direitos afirmados constitucionalmente.

Formalmente asseguram-se o direito a uma certidão de nascimento gratuita; a liberdade religiosa; a intimidade e a vida privada; a formação educacional desde o nascimento até os seis anos de idade, tanto quanto os direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade, direitos fundamentais que são o substrato de outros direitos consagrados na Constituição. No entanto, poderia se dizer que tais direitos não são efetivos ou não estão disponíveis a todos. São, na realidade brasileira, 3 milhões de

<sup>40</sup> ARAÚJO, Maria de Fátima. **Diferença e igualdade.**

<sup>41</sup> ARAÚJO, Maria de Fátima. **Diferença e igualdade.**

<sup>42</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Constituição.** \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/diretos-humanos-e-constituicao/indios-direitos-fundamentais-e-a-convencao-169-da-oit-05042019>>.

<sup>43</sup> FONTE: **Violência contra jornalistas cresce 105,77% em 2020, com Jair Bolsonaro liderando ataques.** Disponível em: <<https://fenaj.org.br/violencia-contrajornalistas-cresce-10577-em-2020-com-jair-bolsonaro-liderando-ataques/>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>44</sup> FONTE: **Violência doméstica e familiar.** \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contras-mulheres/>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>45</sup> FONTE: **A LGTBfobia no Brasil: os números, a violência e a criminalização.** \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://www.fundobrasil.org.br/blog/a-lgbtqfobia-no-brasil-os-numeros-a-violencia-e-a-criminalizacao/>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

crianças invisíveis<sup>46</sup> e 1,5 milhões delas fora do ambiente escolar.<sup>47</sup> O desafio é diminuir a divergência entre o que a Constituição pretende garantir e realizar e o que é, de fato, protegido e realizado.<sup>48</sup>

No decorrer da vida, cada pessoa irá desenvolver suas próprias concepções de íntimo e de privado,<sup>49</sup> espaços privados essenciais à dignidade da pessoa humana<sup>50</sup> que, no entanto, nem sempre são respeitados. Os limites éticos e morais individuais e coletivos foram polarizados politicamente e recrudesceram os direitos. A realidade é a de avanços e retrocessos. A inflexão é o triste reconhecimento de que direitos fundamentais<sup>51</sup> consagrados estão sendo violados. Não serão garantidos no futuro, os direitos que se pensava conquistados no passado.

Inúmeras são as denúncias que apontam a vulnerabilidade social que impossibilita a realização de direitos sociais para erradicar a pobreza ou as discriminações em relação a cor, xenofobia, machismo e credo religioso. Isso é parte de uma agenda, de um movimento mundial de retrocesso e supressão de direitos afirmativos, promovido em grande parte por uma cultura conservadora que busca reescrever a história, a partir de um olhar cultural, social e econômico menos igual e mais indigno.

Na sociedade americana, por exemplo, são igualmente constantes as matérias jornalísticas que tratam da discriminação e opressão racial, gênero e orientação sexual.

---

<sup>46</sup> LONGUINHO, Daniela. **3 Milhões de brasileiros não têm registro civil de nascimento**. Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-11/3-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-registro-civil-de-nascimento>>.

<sup>47</sup> FONTE: G1. **Brasil tem quase 1,4 milhão de crianças e adolescentes fora da escola, diz estudo do Unicef com dados do IBGE, 2021**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/volta-as-aulas/noticia/2021/01/28/brasil-tem-quase-14-milhao-de-criancas-e-adolescentes-fora-da-escola-diz-estudo-do-unicef-com-dados-do-ibge.ghtml>>.

<sup>48</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo. Editora Universidade de São Paulo. 2021. p. 99.

<sup>49</sup> VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126.

<sup>50</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 79.

<sup>51</sup> Não se desconhece a lição de Boaventura Souza Santos quanto aos direitos humanos terem sido usados como discurso político, em contextos distintos e com objetivos contraditórios. O triunfo dos direitos humanos pode ser usado como vitória por alguns e como retrocessos por outros, vez que só terão valia se considerados enquanto linguagem de emancipação humana. No entanto, esse não é o foco deste trabalho, aqui aborda-se a proteção dos direitos conquistados historicamente e em iminente perigo na atualidade. Para saber mais sobre a crítica à doutrina dos direitos humanos sugere-se a leitura de SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo. Cortez, 2013. p. 47.



Em relação às mulheres, em março de 1972, o Congresso Nacional Americano aprovou a Emenda dos Direitos Iguais (ERA – *Equal Rights Amendment*)<sup>52</sup> sob a condição estatutária de que, até 1977<sup>53</sup>, um número mínimo de 38 Estados a ratificassem. Todavia, essa condição foi implementada somente em janeiro de 2020, com a sua ratificação pelo Estado da Virgínia. Cabe agora, ao Congresso americano, a aceitação da condição, já que, apenas depois de transcorridos 48 anos é que o requisito foi cumprido.

O caso é que a partir da ERA a nova direita e a direita cristã americanas articularam-se em coalizão para combater-la. O movimento protagonizado pelos evangélicos, compreende a proposta legislativa como um incentivo ao divórcio e ao labor feminino, o que desestabilizaria os papéis de homens e mulheres na sociedade. Partem do discurso de que o feminismo machuca as mulheres, ao passo que o patriarcado as protegeria, porque mulheres desejam segurança, proteção, paz e maridos capazes de provê-las material e afetivamente.<sup>54</sup> Esse padrão ideológico cultural estampou propagandas publicitárias, o ideário de muitas gerações e perdura, em certa medida, até os dias atuais. A questão é política. Não se trata de igualar homens e mulheres para que tenham os mesmos direitos e recebam os mesmos salários ou tenham as mesmas possibilidades de emprego e de desenvolvimento na carreira – seja ela civil ou militar. A questão é a defesa ou não de um modelo de sociedade.

Republicanos (conservadores) são opositores à emenda constitucional porque defendem a proibição do aborto (*pro-family*) e são contrários a políticas ampliativas de direitos à transgêneros. Democratas (liberais) são favoráveis, quanto ao aborto, à livre escolha (*pro choice*). A equiparação de direitos entre mulheres e homens por emenda constitucional dá base constitucional à Suprema Corte continuar

---

<sup>52</sup> The Equal Rights Amendment is a proposed amendment to the United States Constitution designed to guarantee equal legal rights for all American citizens regardless of sex. It seeks to end the legal distinctions between men and women in terms of divorce, property, employment, and other matters. Disponível em: <https://www.equalrightsamendment.org/> e <https://maloney.house.gov/issues/womens-issues/equal-rights-amendment>.

<sup>53</sup> Houve uma prorrogação, para que o quórum pudesse ser atingido até 1982, o que não se deu.

<sup>54</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro: de Regan a Bolsonaro**. Porto Alegre: Zouk, 2019. p. 32. A expressão “novo conservadorismo” é utilizada no texto como opção linguística da autora. Não se desconhece, porém, a utilização do vocábulo neoconservadorismo por parte da doutrina nacional. Contudo, quer parecer que este se alinhe mais à ambiência norte americana, cenário conservador diverso do brasileiro. Assim, não sendo preocupação do texto tratar das suas conceituações, opta-se pelo vocábulo de língua pátria.

decidindo pela permissão do aborto no território americano, o que se contrapõe aos interesses conservadores.

Tome-se por base o caso *Roe vs Wade*, 1973, no qual a Suprema Corte Americana considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, não o admitindo em nenhuma hipótese.<sup>55</sup> No voto do Juiz Blackmun a Corte oficializou:

Este direito de privacidade (...), decorra ele do conceito de liberdade pessoal da 14ª emenda, como me parece, ou dos direitos reservados previstos na 9ª emenda, é abrangente o suficiente para incluir a decisão de uma mulher sobre pôr fim ou não à sua gravidez mesmo antes do terceiro mês de gravidez.<sup>56</sup>

Considerada por muitos como uma decisão judicial ativista,<sup>57</sup> abriu espaço para que Estados americanos tratassem do tema como saúde pública. Oferecendo locais seguros e apropriados para que as mulheres, seguindo os critérios determinados,<sup>58</sup> pudessem fazer, por elas mesmas, as suas escolhas.<sup>59</sup>

A questão posta ao debate na ambiência cultural e política americana divide-se em saber se o feto é ou não uma pessoa amparada constitucionalmente e por isso com direito à vida, ou se o aborto é errado porque viola o valor intrínseco da vida.<sup>60</sup> Na essência, a controvérsia é essencialmente moral. Contudo, parece mais importante saber se os Estados têm o poder constitucional de impor uma moralidade política coletivamente e, se os valores intrínsecos devem partir de uma escolha coletiva e não individual.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 6.

<sup>56</sup> Tradução livre do voto onde se lê: "This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation". Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em 16 nov. 2021.

<sup>57</sup> O tema ativismo será tratado mais adiante. No entanto, para o que interessa, compreenda-se o termo como uma decisão que não se colmatava a lei escrita, que em certa medida, inovou criando um direito novo.

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. p. 7.

<sup>59</sup> FONTE: *Roe vs Wade*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. p. 14.

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. p. 35.

Naquela Corte constitucional importou mais a abrangência, a proteção da privacidade da mulher (ancorada na sua liberdade, igualdade e dignidade), do que a limitação de um diálogo religioso sobre aspectos da vida uterina. A decisão não enfrentou apenas o tema do aborto, no caso concreto, de modo abstrato, a Corte tratou de, mantendo integridade e coerência com decisões anteriores suas, decidir sobre privacidade e autonomia do corpo.

Decidir com vistas a coerência e a integridade demanda uma compreensão do direito como algo que é construído interpretativamente, tecendo uma trama lógica e coerente das coisas, regras e princípios organizados “do mais amplo e mais genérico, por muitos graus de descida, como num pedigree ou genealogia, ao mais especial e particular”, com todas as suas partes “combinadas como se possuíssem uma consanguinidade ou concordância natural”.<sup>62</sup>

Depois desse julgamento, todas as nomeações para a Suprema Corte, nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos, foram marcadas por uma escolha política, recomendava-se a eleição de juízes que estivessem dispostos a rever a decisão dada em *Roe*.<sup>63</sup> Ao longo dos anos, essa decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente superada (*overruled*).<sup>64</sup> Entretanto, essa dualidade política ideológica da sociedade americana (conservadorismos vs liberalismos) comanda bem mais do que a escolha de juiz para ocupar os quadros da Suprema Corte. A opção pela “livre escolha” ou em “favor da família” domina a cena em diversos Estados.

A questão então não é comemorar que a ERA tenha sido ratificada por 38 estados após 48 anos, mas refletir a respeito do que significa o fato de que 12 deles ainda não a ratificaram. São senadores, deputados, prefeitos, religiosos e membros da sociedade civil que se dedicam, diariamente, a reverter o julgado mencionado.<sup>65</sup> *Roe vs Wade* corre o risco de ser superado em breve, significando imenso retrocesso em matéria de direito fundamental, patrocinado por uma moralidade política alheia aos princípios e valores da sociedade. Em nome dela, ataques violentos foram deflagrados

<sup>62</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **É importante o modo como os juízes decidem os casos?** 2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. p. 9.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

<sup>65</sup> Pela importância do tema, sugere-se assistir ao documentário “*Roe vs. Wade: direitos das mulheres nos EUA*”. Documentário Político da Netflix. 2018.

contra clínicas especializadas e inclusive contra as mulheres que exerciam seu direito fundamental de liberdade em relação ao próprio corpo.

Decorridos mais de quatro décadas da prolação da decisão, outras decisões<sup>66</sup> a este respeito vieram restringindo direitos fundamentais de modo que, a superação do precedente é mais iminente do que nunca.<sup>67</sup> Especialmente após a Suprema Corte rejeitar, em setembro de 2021, apelo contra a vigência da lei do Texas que proíbe a interrupção da gravidez após seis semanas.<sup>68</sup> A luta é, então, para manter os direitos antes conquistados.<sup>69</sup>

A Corte americana é, na atualidade, de performance majoritariamente conservadora, o que significa dizer que, valores tradicionais, religiosos e a voz de uma maioria circunstancial pode servir para superar o precedente histórico. A ministra Sonia Sotomayor, que pertencente à ala liberal da Corte Americana, acusou a maioria do Tribunal de “enterrar a cabeça na areia” diante de uma lei “flagrantemente inconstitucional” e destinada a “impedir as mulheres de exercer seus direitos constitucionais”.<sup>70</sup>

Nos Estados Unidos, os conservadores, protagonizados pela direita cristã, atuaram para eliminar programas governamentais feministas, de direitos homoafetivos

<sup>66</sup> MCBRIDE, Alex. **Casey v. Planned Parenthood**. Disponível em: <[https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/rights/landmark\\_casey.html](https://www.thirteen.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_casey.html)>. Acesso em: 18 dez. 2021. Emenda Hyde, ver: **EUA: bispos contrários à abolição da emenda Hyde sobre o financiamento público ao aborto**. Disponível em: <<https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2021-05/estados-unidos-bispos-financiamento-publico-aborto.html>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>67</sup> Alguns dos fatos articulados nesta pesquisa se desenvolvem no presente. Há, diariamente, notícias de violações de direitos que impactam no universo das famílias. Em 03 de maio de 2022 vazou uma minuta de decisão que está sendo debatida neste momento na Suprema Corte americana, no caso **Dobbs vs Jackson Women’s Health Organization**, a qual indica uma possibilidade genuína de reversão do caso Roe vs Wade. Este fato evidencia a possibilidade real de perda de direitos, de retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Para a ampliação do conteúdo, sugere-se o podcast: **O aborto na Suprema Corte dos EUA: os precedentes Roe e Casay e sua possível reversão**. Direito e Sociedade de Rafael Mafei com Gabriela Rondon, veiculado pelo Spotify. Neste há a consideração de que a mudança de atitude da Corte pode estar relacionada a um alinhamento político da Corte, em razão das escolhas políticas feitas por presidentes conservadores.

<sup>68</sup> **Direito ao aborto sob ataque nos EUA: lei do Texas e decisão da Suprema Corte impõem dura derrota às mulheres; precedente é perigoso para Roe vs Wade**. Disponível em: <<https://sxpolitics.org/ptbr/direito-ao-aborto-sob-ataque-nos-eua-lei-do-texas-e-decisao-da-suprema-Corte-impoem-dura-derrota-as-mulheres-precedente-e-perigoso-para-roe-vs-wade/12051>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**, p. 71.

<sup>70</sup> **Direito ao aborto sob ataque nos EUA: lei do Texas e decisão da Suprema Corte impõem dura derrota às mulheres; precedente é perigoso para Roe vs Wade**. Disponível em: <<https://sxpolitics.org/ptbr/direito-ao-aborto-sob-ataque-nos-eua-lei-do-texas-e-decisao-da-suprema-Corte-impoem-dura-derrota-as-mulheres-precedente-e-perigoso-para-roe-vs-wade/12051>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

e contra a interferência do Estado no domínio da família. Ao argumento de uma maioria moral, do fortalecimento da autoridade parental, da defesa da família tradicional como forma de prevenir disfunções sociais como: a pobreza, a criminalidade, gravidez precoce e a filiação ilegítima, colocaram-se favoráveis ao castigo corporal dos filhos pelos pais e ao *homeschooling* e contrários à educação de gênero.<sup>71</sup>

Na Alemanha, as leis sobre o aborto diferiram radicalmente antes da unificação, de sorte que se optou por manter a lei que permitia o aborto, inclusive como método normal de controle de natalidade, no território antes pertencente a Alemanha Oriental, ao passo que no território Ocidental proibiu-se. Somente em 1992 o Parlamento já unificado decidiu por editar lei de conciliação permitindo às mulheres a decisão sobre se precisavam abortar nos três primeiros meses de gestação ou não. Levado o tema ao Tribunal constitucional, decidiu-se pela proteção da vida desde a concepção. Paradoxalmente, decidiu-se também não puni-lo se realizado até a 12ª semana, desde que a mulher sofresse acompanhamento que a fizesse desistir da ideia.<sup>72</sup>

Na Polônia, país de predominância católica, mudanças políticas permitiram que em 1993 houvesse lei restritiva para aborto. Itália e Espanha permitem leis mais liberais mas contam com intensa oposição da igreja católica, que continua a exercer seu poder político para regresso a um regime mais rigoroso. A Inglaterra, por sua vez, liberalizou o aborto em 1967, contudo, conta com forte pressão dos grupos pró-vida, para que adote regime mais rigoroso. E na Irlanda, desde 1983, a Constituição reconhece o direito à vida da criança desde a gestação. Após plebiscito nacional, passou-se a permitir que mulheres viajem para países liberais para abortar, tanto quanto que informações sobre aborto circulem livremente pelo país.<sup>73</sup>

No Brasil permite-se o aborto para casos de estupro, risco à vida materna ou anencefalia. Todavia, é caso de saúde pública em vista do grande número de mulheres que o praticam de forma clandestina e em situações de risco.<sup>74</sup> Poderia se questionar, entretanto, porquê as questões relativas ao aborto importam para o

---

<sup>71</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 61.

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**, p. 3.

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**, p. 4.

<sup>74</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo e MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto**, 2016. Disponível em: [repositorio.unb.br/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO\\_PesquisaNacionalAborto2016.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31828/1/ARTIGO_PesquisaNacionalAborto2016.pdf). Acesso em: 18 dez. 2021.

desenvolvimento desta pesquisa. A resposta poderia ser no sentido da atualidade do tema ou pela sua polarização. Mas, a verdade é que o aborto é apenas o exemplo sobre o qual se constrói o desenvolvimento da ideia. A questão importa na medida em que traduz uma mentalidade social e política divergente desde a origem. Então, qualquer resposta que se possa dar, deve partir da compreensão de que para alguns (mas não todos) a liberdade é vista como vetor essencial e o respeito à igualdade é visto como norte. Todavia, para outros (como os legisladores que elaboraram o Código Penal brasileiro, os conservadores ou aqueles cujas ideias se fundam nas noções tradicionais da família) não há lugar para se enxergar o outro. De modo que, questões sobre liberdade e igualdade não reverberam.

Ocorre que, o direito à vida não é só “a garantia da batida de um coração ou uma doce ilusão” é também o direito a realizar o eterno projeto humano de ser dignamente feliz.<sup>75</sup> A vida existe para a que tenha sucesso, porque toda vida humana é importante em si.<sup>76</sup> O conteúdo do direito à vida é fruto de cada cultura e de cada povo em cada momento histórico. Por isso é que a Constituição deixa em aberto a dimensão desse direito fundamental, do qual e para o qual, todos os outros se voltam. Conteúdo que é dinamizado segundo o conceito de justiça havido em cada sociedade. E os conceitos mudam, como a vida muda.<sup>77</sup>

A respeito do aborto percorre-se temas diversos do Direito Constitucional, desde quem tem legitimidade democrática para decidir em caso de dissenso moral da comunidade, a proteção de direitos fundamentais das mulheres, direitos de liberdade, de igualdade, de saúde, de autonomia sobre o próprio corpo,<sup>78</sup> até mesmo sobre o direito de não sofrer julgamento moral, por uma maioria conservadora, eventualmente preponderante no cenário político. Por leis feitas por homens, em um contexto

---

<sup>75</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **DUDH: Ministra Cármen Lúcia fala do direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.** Artigo publicado na obra “**50 anos da Declaração dos Direitos Humanos: conquistas e desafios**” da **Ordem dos Advogados do Brasil** (p. 47-51, 1998). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/361427/dudh-ministra-carmen-lucia-fala-do-direito-a-vida-a-liberdade-e-a-seguranca-pessoal>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 639.

<sup>77</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **DUDH: Ministra Cármen Lúcia.**

<sup>78</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam. **Por uma leitura moral dos “Domínios da Vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto.** p. 360. Disponível em: <[https://www.academia.edu/40383806/por\\_uma\\_leitura\\_moral\\_dos\\_dom%C3%8Dnios\\_da\\_vida\\_u\\_ma\\_interpreta%C3%87%C3%83o\\_n%C3%83o\\_moralista\\_sobre\\_o\\_aborto](https://www.academia.edu/40383806/por_uma_leitura_moral_dos_dom%C3%8Dnios_da_vida_u_ma_interpreta%C3%87%C3%83o_n%C3%83o_moralista_sobre_o_aborto)>. Acesso em: 27 dez. 2021.

deliberativo que não é deliberativo e nem é paritário, e, que não respeita uma leitura moral da Constituição.

O debate efervescente (especialmente, entre conservadores, que trazem esse tema à centralidade do debate político, difundindo uma ideologia própria entre os seus apoiadores) é sobre a interpretação da Constituição, sobre suas cláusulas abertas, regras e princípios e a quem incumbe a sua interpretação. Pode-se dizer que existem ao menos duas concepções opostas, uma, a de que os juízes e juristas devem entender as cláusulas abstratas da Constituição com cautela, restritas ao que estadistas e políticos esperavam dela quando da sanção. E, outra, que defende que essas cláusulas abstratas estipulam princípios morais que não são limitados pela moralidade dos autores, mas por um sentimento geral de coerência e integridade com as decisões judiciais e a tradição política do passado.

Para Dworkin, nada há comum entre elas, porque atenuar a abstração dos princípios seria como privilegiar a moralidade de uns em detrimento de outros,<sup>79</sup> o que configuraria uma arbitrariedade, na medida em alguns seriam mais desiguais que outros.

A sociedade brasileira, diferentemente do direito, tem se alterado de forma rápida e constante,<sup>80</sup> de acordo com as experiências e os estímulos recebidos do próprio meio, da tecnologia, da abertura das fronteiras ou da diminuição das distâncias culturais, sociais ou religiosas. Há um crescente aumento demográfico quantitativo daqueles que professam a fé evangélica<sup>81</sup> e uma significativa redução daqueles que se reconhecem católicos. Essas comunidades, por suas crenças e ideologias, trazem diferentes padrões comportamentais sociais e sexuais se em comparação com outras comunidades que não professam nenhuma fé habitualmente. Trazem um padrão moral comportamental tido por tradicional, inclusive entre grupos minoritários e

---

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**, p. 11.

<sup>80</sup> Censo Demográfico Cultural do IBGE em 2010 aponta que 92% dos brasileiros professam alguma fé. Sendo 65% sob a fé católica e 27% a evangélica. No entanto, dados apontam para exponencial crescimento dessa categoria.

Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>>. Acesso em: 07 nov. 2021. Dados atualizados são impossíveis por conta do corte orçamentário governamental e da pouca importância dada pelo poder público para políticas públicas eficientes e que atendam às necessidades da população.

<sup>81</sup> O GLOBO: **Desde 2010, uma nova organização religiosa surge por hora**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/desde-2010-uma-nova-organizacao-religiosa-surge-por-hora-21114799>>. Acesso em: 4 jan. 2022.

excluídos,<sup>82</sup> como um padrão que se afigura prevalente na sociedade brasileira. No Brasil existem razões históricas para justificar esse influxo conservador, que vê no controle dos direitos de privacidade e de sexualidade a mola motriz de um movimento que prefere a manutenção da sociedade como nos tempos do império. E, não tolera qualquer tipo de progresso moral ou que até os aceita, mas não na velocidade do desejo social. Seja como for, trata-se de um fenômeno de ação e reação social que deve ser observado pelo direito.

Em 2010, por exemplo, comemorou-se fortemente a ausência de uma representatividade da direita no contexto eleitoral, a partir dessa constatação criou-se uma narrativa excludente do “nós contra eles”. Pela primeira vez a presidência da República do Brasil seria decidida entre atores políticos progressistas e o PT saiu vencedor.

Em reação, 2013 foi fundamental para a virada conservadora no país, as manifestações de junho, inicialmente em protesto contra o aumento de tarifas de transporte público, deram lugar ao “lavajatismo”<sup>83</sup> e a uma explosão social contra a corrupção, a favor da prestação de serviços públicos de qualidade e maior identificação da sociedade com a sua representatividade política. Polarização que fomenta o ódio e a discriminação e causa reações virulentas.<sup>84</sup> Movimento que serviu para a instalação de grave crise política que culminou com o impeachment da, então,

---

<sup>82</sup> ABOIM, Sofia; VASCONCELOS, Pedro; COSTA, Carlos Gonçalves. **Para além da heteronormatividade: repensando os significados da família**. Famílias no plural: alargar o conceito, largar o conceito – atas da conferência. ILGA Portugal, 2013, p. 102.

<sup>83</sup> Lavajatismo, utilizado no texto como representação da adesão de parte da população a pautas anticorrupção, consubstanciadas na maior investigação de corrupção da história do país. A operação Lava-Jato começou a partir de investigação sobre um grupo de doleiros atuantes no Paraná e avançou sobre irregularidades em estatais e acabou por envolver partidos políticos, em especial o Partido dos Trabalhadores, então partido no governo da época. Foi fundamental para o impeachment da presidente. Só em Curitiba foram apresentadas 130 denúncias (acusações formais) que culminaram com 174 condenações criminais. De consequência quantias bilionárias voltaram aos cofres públicos. De 2018 para cá a operação Lava-Jato foi sendo esvaziada. FONTE: Folha de S. Paulo. Disponível em: <https://www.q.folha.uol.com.br>. Estima-se que foram recuperados cerca de R\$ 25 bilhões de reais desviados dos cofres públicos. A maior parte deles pela equipe da Operação Lava-Jato que investigou o esquema do petrolão durante o governo do PT. FONTE: veja.abril.com.br, por Hugo Marques, de 04. Abr.2022.

<sup>84</sup> FONTE: Estadão Conteúdo, 2019. **Década foi marcada por nova onda conservadora e enfraquecimento de partidos**. Disponível em: <https://istoe.com.br/decada-foi-marcada-por-nova-onda-conservadora-e-enfraquecimento-de-partidos/>. Acesso em: 22 dez. 2021.



presidente Dilma Rousseff.<sup>85</sup> Campo aberto para a instalação da nova direita<sup>86</sup> a partir do seu quadro mais violento em 2018.<sup>87</sup>

Desde sempre extremista, em 2018, ascendeu a ultra direita à Presidência da República, a partir de uma candidatura baseada em extermínio de delinquentes e rígido controle de natalidade dos pobres, pautas associadas a um darwinismo social e ideais que se identificam com elementos estruturantes do fascismo.<sup>88</sup> Inclusive durante a pandemia, sob a perspectiva de imunização de rebanho, manifestando-se contra as medidas de distanciamento social e contra a vacinação. Por esta razão, acusam-no de genocida.<sup>89</sup> O projeto de governo estaria na “destruição do arcabouço institucional e econômico do Estado social liberal brasileiro”,<sup>90</sup> em oposição à prescrição do artigo 170 da Constituição brasileira, que funda a ordem econômica pátria na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e na existência digna em termos de justiça social.<sup>91</sup>

Trata-se, na verdade, de fazer ressurgir um velho modelo de governo, concebido em 1930 por Carl Schmitt, no período da República de Weimar, aplicado no Chile de 1970 e 1980 por Pinochet, baseado em um Estado que se organiza autoritariamente para reprimir demandas sociais, preservando, por sua vez, a economia livre.<sup>92</sup> Portanto, em oposição ao Estado democrático de direito.

O que se percebe é que não se trata de uma ruptura abrupta da democracia, mas de sua erosão através do descrédito das instituições democráticas que, são

---

<sup>85</sup> FONTE: Senado Notícias. \_\_\_\_\_ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>. Acesso em 24 abr. 2022.

<sup>86</sup> A nova direita seria objetivamente uma conjugação da defesa do neoliberalismo econômico, insensível a pautas sociais, combatente à corrupção e ao “politicamente correto”. Ideologicamente atrelada ao antipetismo, ao moralismo conservador, ao antibolivarianismo e ao anticomunismo, contra a criminalidade e a meritocracia e em oposição às cotas étnicas. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 13).

<sup>87</sup> NICOLAU assinala que a conexão entre os resultados da Lava Jato e a eleição do atual presidente decorre de terem sido processados e presos expoentes da elite política; da corrupção ter sido vista endemicamente dentre os partidos tradicionais; a busca pelo eleitorado de político dissociado dessa elite tradicional; além da pauta por segurança pública, preocupação genuína de grande parte do eleitorado, fortemente defendida, inclusive em oposição aos direitos humanos, pelo presidente. Veja: NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita: uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 45-47.

<sup>88</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 15.

<sup>89</sup> RODRIGUES, Sérgio. FOLHA, 2021. Disponível em: <[www1.folha.uol.com.br/coluna/sergio-rodrigues/2021/10/por-que-bolsonaro-e-genocida.html](http://www1.folha.uol.com.br/coluna/sergio-rodrigues/2021/10/por-que-bolsonaro-e-genocida.html)>. Acesso em: 5 mar. 2022.

<sup>90</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise**. p. 15.

<sup>91</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988, artigo 170.

<sup>92</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise**. p. 15.

corroídas aos poucos, por pautas autoritárias, disseminação de falsas informações e supressão de direitos individuais e coletivos.<sup>93</sup> Com essa nova ordem política conservadora e autoritária vieram, mais fortemente, os retrocessos em matéria de direitos reprodutivos e da saúde da mulher. O governo é absolutamente contrário ao aborto em todas as circunstâncias, aproximando-se dos países mais repressivos nesse tema. O Legislativo, representado mais dinamicamente por setores religiosos, encampou pautas retrógradas, tais como o Projeto de Lei 4642/2016 que cria o Programa Nacional de Prevenção e Conscientização sobre os Riscos e Consequências do Aborto, e a Proposta de Emenda à Constituição 29/2015 – PEC da vida – que pretende alterar a Constituição, assegurando o direito à vida desde a concepção. São alguns exemplos de retrocessos conservadores que, ao fim e ao cabo, retiram dos sujeitos, além da autonomia, direitos já conquistados. São frequentes os ataques à gays, à famílias plurais, à educação de gênero, ao aborto, muitas vezes patrocinados por grupos de majorias circunstanciais que pretendem impor uma moralidade conservadora própria.<sup>94</sup> Uma atitude que se afasta da racionalidade da afirmação dos direitos e que reclama uma interpretação arbitrária da Constituição.

A campanha presidencial de 2018, edificada sob o slogan “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”,<sup>95</sup> era apoiada quantitativamente mais por homens do que por mulheres (26% v 13%), possivelmente em decorrência das posições políticas do

---

<sup>93</sup> LANDAU, David identifica uma pluralidade de incidentes recentes em um grupo diversificado de países como Hungria, Egito e Venezuela, que mostraram que os instrumentos constitucionais podem ser usados por autocratas para minar a democracia com relativa facilidade. Destaca que não há mais golpes militares e outras rupturas abruptas e flagrantes da ordem constitucional. O que há são rupturas mais sutis provocadas por atores que atacam a ordem constitucional, por exemplo, desabilitando os tribunais e outras instituições. Os regimes democráticos continuam tendo eleições e não são totalmente autoritários, mas são significativamente menos democráticos do que foram anteriormente. (LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism** – In UC Davis Law Review, v. 47).

<sup>94</sup> ENGEL, Cintia Liara. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Violência contra a mulher** Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_d\\_a\\_violencia\\_contra\\_mulher.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf)>. Agência de Jornalismo Investigativo. Pública. **Brasil retrocede enquanto descriminalização do aborto avança na América Latina**. Disponível em: <<https://apublica.org/2021/09/brasil-retrocede-enquanto-descriminalizacao-do-aborto-avanca-na-america-latina/>>. Acesso em: 22 dez. 2021.

<sup>95</sup> Trata-se de brado de um grupo de paraquedistas, que surgiu nos quartéis, na década de 1960, durante a ditadura militar, após o AI-5. Chamado de Centelha Nativista, o grupo objetivava ressuscitar os valores do nacionalismo não xenófobo, de amor ao Brasil e criar meios de reforço de uma identidade nacional que evitasse a fragmentação ideológica do povo pela ideologia marxista. FONTE: Folha UOL. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/slogan-de-bolsonaro-foi-inspirado-em-brado-de-paraquedistas-militares.shtml>>. Acesso em: 22 dez. 2021.

eleito: militaristas,<sup>96</sup> machistas e misóginas (como, por exemplo, atribuir ao nascimento de sua filha uma fraquejada - após quatro filhos homens), contrária aos direitos trabalhistas para as trabalhadoras domésticas (único Deputado Federal a se opor), marcada por uma agressividade verbalmente característica (como exemplo a fala feita a uma colega parlamentar: “Jamais iria estuprar você, porque você não merece”), o que desencadeou um forte movimento “Ele não” pelo eleitorado feminino<sup>97</sup> e LGBT.<sup>98</sup> Condutas perfeitamente associadas ao conservadorismo, substantivo masculino, que pode ser entendido como a característica de quem “não aceita inovações, mudanças morais, sociais, políticas, religiosas, comportamentais”; é a qualidade de quem é apegado às tradições, “hostil a mudanças”. Politicamente como, “doutrina ou ideologia que defende a conservação ou a mudança gradual do que, numa sociedade, é considerado tradicional, opondo-se a reformas sociais ou alterações político-econômicas radicais”<sup>99</sup>. Partindo da perspectiva de uma teoria autônoma, o conservadorismo é a preservação das antigas tradições morais da humanidade. Cujos cânones são:

a) a crença de que a vontade divina regula a sociedade e a consciência, b) o apeço pela vida tradicional, c) convicção de que a vida civilizada exige ordens e classes, d) convicção de que a propriedade e a liberdade são necessariamente ligadas, e que o nivelamento econômico não é progresso econômico; e) convicção de que tradição e preconceito bem fundamentados fornecem os controles sobre o impulso anárquico do homem; f) reconhecimento de que a sociedade deve alterar-se de modo lento e de que a providência é o instrumento adequado para a mudança<sup>100</sup>

Uma teoria situacional do conservadorismo diria, no entanto, que a ideologia conservadora se desenvolve em um contexto histórico “no qual um desafio importante aparece contra as instituições estabelecidas”. O que significaria que o conservadorismo não se opõe a qualquer mudança, mudanças secundárias são bem recebidas e por vezes vistas como elementos fundamentais de uma sociedade. Portanto, o conservadorismo seria posicional e atrelado a necessidades históricas

<sup>96</sup> Fato que, segundo NICOLAU destoa do percentual de todas as campanhas democráticas anteriores. NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita**, p. 58.

<sup>97</sup> NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita**, p. 54

<sup>98</sup> O termo LGBT é utilizado no texto de Jairo NICOLAU e de outros doutrinadores e por isso é adotado durante esta pesquisa, por opção. Embora não se desconheça a existência de outras denominações e siglas que pretendem um reconhecimento mais amplo e individualizado das múltiplas vozes deste movimento.

<sup>99</sup> Dicionário online de Português: <<https://www.dicio.com.br/conservadorismo/>>. Acesso em: 7 nov. 2021.

<sup>100</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 24.

determinadas.<sup>101</sup> Já “reacionário” é adjetivo que se liga ao que é favorável à reação. Como substantivo, traz a noção daquele que é contra qualquer mudança social ou política, aquele que se opõe à democracia. Como sinônimo, encontram-se: ultraconservador, antiliberal ou retrógrado.<sup>102</sup>

Nesse sentido, a candidatura do Presidente eleito em 2018 atendeu a parte significativa da população que reagiu ao partido político (PT) que estava no poder há 16 anos e que era alvo de incontáveis denúncias de corrupção, ao avanço da esquerda na América Latina e a pluralização da sociedade. Uma parcela significativa da sociedade que buscava pela manutenção da tradição, por uma representação autêntica de direita e de liberalismo econômico, ainda que pudesse ser desconfortável o legado da ditadura militar.<sup>103</sup> Nesse contexto, a ascensão de um governo extremista pode estar associada a um *backlash*<sup>104</sup> cultural, políticas igualitaristas de justiça social, como igualdade de gênero, etnia, orientação sexual, origem regional ou nacional, estariam sendo atacadas por meio de um “discurso de vitimização das maiorias”.<sup>105</sup> Um discurso que aproxima essa direita nova de pautas elitistas, uma vez que intencionada na preservação das estruturas hierárquicas da sociedade,<sup>106</sup> em um claro discurso anti-igualitário.

A respeito do *backlash*, no contexto brasileiro, é de se destacar que ocorre consistentemente na dinâmica social de avanços e retrocessos. Conforme se desenvolverá mais adiante, é agenda do atual governo a apresentação de projetos de lei, normas e políticas públicas em oposição à aquisição ou ampliação de direitos fundamentais.

<sup>101</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo**, p. 24-25.

<sup>102</sup> Dicionário online de Português: <<https://www.dicio.com.br/conservadorismo/>>. Acesso em: 7 nov. 2021.

<sup>103</sup> ROCHA, Camila. **Menos Marx, mais Mises**. São Paulo: Todavia, p. 165-168.

<sup>104</sup> O termo BACKLASH teria sido usado pela doutrina americana para explicar a ascensão da direita americana nas últimas décadas do século XX após a decisão dada pela Suprema Corte Americana no caso Roe vs Wade, fixando parâmetros liberais para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de liberdade. “[...] This paper draws on pre-Roe sources that we collected for our book, as well as some evidence from the decade immediately after the decision, to raise questions about the conventional assumption that the Court’s decision in Roe is responsible for political polarization over abortion. By examining the conflict in the period before the Court ruled, we can see how the abortion conflict changed in meaning, structure, and intensity as it was joined by a successive array of advocates—not only social movements<sup>8</sup> and the Catholic Church but also strategists for the Republican Party seeking to attract traditionally Democratic voters in the 1972 presidential campaign.” (GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash**. Disponível em: <[https://www.yalelawjournal.org/pdf/987\\_s9ytqjum.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/987_s9ytqjum.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>105</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise**, p. 25.

<sup>106</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise**, p. 26.

Dentro desse espectro são promessas de governo, além do combate ferrenho ao Marxismo e ao Comunismo, a defesa do liberalismo econômico<sup>107</sup> e o restabelecimento dos valores da família brasileira tradicional, atendendo, assim, aos liberais e neoliberais e aos setores mais religiosos da sociedade, não apenas combatendo as pautas feministas e LGBT, mas também as leis e a jurisprudência “gayzistas”,<sup>108</sup> opõe-se drasticamente ao aborto e aos direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade.<sup>109</sup>

Logo, pode-se considerar como exemplo de *backlash* a PEC 181 de 2015, enquanto efeito perverso das decisões que tratam da proteção de minorias. A Proposta de Emenda Constitucional mencionada interfere diretamente na interpretação de todas as leis e portarias que autorizam serviços de aborto legal no país e representam um enorme retrocesso no reconhecimento de situações em que outros direitos fundamentais são negligenciados.

Mencione-se, ainda, que a proposta ofertada à sociedade é construída sob as bases de uma visão predominantemente religiosa, inicialmente para ampliar o prazo da licença maternidade para mães de bebês prematuros que terminou por oferecer, além de uma moralidade política deplorável, a possibilidade de extinção do aborto legal no Brasil. Em sua exposição de motivos fica clara a pretensão legislativa de avançar uma agenda sobre três eixos: Dignidade da pessoa humana e o direito à vida; Estado de Direito; Ativismo Judicial,<sup>110</sup> ao invés de tratar, efetivamente, da licença gestante.

<sup>107</sup> Como sinônimo de conservadorismo e tradicionalismo e antônimo de pluralidade.

<sup>108</sup> Termo empregado pela autora, possivelmente como caricaturização do estereótipo proposto. ROCHA, Camila. **Menos Marx, mais Mises**. São Paulo: Todavia, p.134.

<sup>109</sup> Tramita no Supremo Tribunal Federal ADPF n. 442 ajuizada pelo PSOL e Instituto Anis, organização não governamental. A ação versa sobre a descriminalização do aborto até a décima segunda semana em qualquer situação, a consideração jurídica é a de que a sua criminalização fere direito fundamental das mulheres, além de lhes dar tratamento não isonômico, e de impor às mulheres negras e pobres situação desproporcional e de extremo risco. A ADPF está sob a relatoria da Ministra Rosa Weber e já encontra forte resistência por setores políticos religiosos. A Procuradoria Geral da República manifestou-se em 2020 pelo desprovinamento da ADPF. Uma leitura integrativa da jurisprudência já produzida pela Corte Constitucional poderia considerar que, em 2012, na ADPF 54, a Corte já decidiu que aborto não é crime em casos de anencefalia. E, em 2016, no HC 124.306 decidiu, em interpretação conforme dos artigos 124 e 126 do Código Penal, pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre ante a violação de direitos fundamentais sexuais reprodutivos, de autonomia, de integridade física e psíquica e de igualdade da mulher, bem como feriria o princípio da proporcionalidade.

<sup>110</sup> PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 181-A, DE 2015. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01mrfm0tl6hpjx7slv4porjii48344985.node0?codteor=1586817&filename=Tramitacao-PEC+181/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01mrfm0tl6hpjx7slv4porjii48344985.node0?codteor=1586817&filename=Tramitacao-PEC+181/2015)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

O foco do projeto de emenda é, portanto, o de inviabilizar o aborto, através de uma narrativa imprecisa que atribui ao ativismo judicial o reconhecimento de um direito de liberdade que efetivamente a mulher não possui. Entendem, que não se trataria de um direito absoluto e por isso a reação legislativa viria para restringir direitos afirmados pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442/2017 e também para restringir a forma de atuação do julgador, engessando-a.<sup>111</sup> O que faz transparecer essa agenda reativa patrocinada pelo conservadorismo presente em todas as estruturas de poder.

Há um movimento de avanços e de retrocessos em matéria de direitos que não é privilégio nacional. Trata-se de um movimento mundial de agenda conservadora bem definida. A realidade social e política mostra o avançar lento e gradual de uma onda<sup>112</sup> de moralidade, na qual está inserida a família contemporânea.

## 1.2 O NOVO CONSERVADORISMO NO BRASIL: CONSTRUINDO A AMBIÊNCIA ONDE SE INSERE A FAMÍLIA (PLURAL) BRASILEIRA

No Brasil, as constituições sempre garantiram formalmente os direitos fundamentais de primeira dimensão. A Constituição de 1824 já estabelecia em seu texto alguns direitos do homem.<sup>113</sup> Como, por exemplo, direitos à liberdade, segurança individual, e alguns direitos sociais. A de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, inaugura o Estado Social, assegurando formalmente direitos de bem-estar social e econômicos, agregando valores fundamentais aos direitos sociais. Com a Constituição de 1946 vieram os direitos fundamentais, a cidadania e as garantias individuais. No plano do direito de família, as Cartas Constitucionais ainda representam um modelo de família tradicional, de base institucional religiosa, formada pelo casamento entre homem e mulher com a finalidade de procriação e constituição de patrimônio. Na concretude do dia-a-dia, a família deveria servir aos valores e às necessidades do patriarca. O que era reafirmado pelo movimento conservador da década de 1950, quando prevalecia um tipo de conservadorismo político e social

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF no. 442/2017**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

<sup>112</sup> Onda pode significar vibração física que se propaga num meio elástico, em movimento periódico ou não. Como movimento de ação e reação que se propaga pelas sociedades contemporâneas. E, no Brasil, pode significar deixar-se levar pelos outros, ser enganado ou prejudicado. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/onda/>>. Acesso em: 4 jan. 2022.

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. 28. ed. rev. e atual. p. 170.

representado pela UDN, de reação à mudança, que se opunha ao getulismo, embasado por uma moralidade de fundo autoritário, individualista, com ênfase na probidade pessoal, no combate à corrupção administrativa e no elitismo. Com pautas legislativas de moralização da administração pública, reformas eleitorais aptas a evitar fraudes e sistematicamente contra o divórcio, estes movimentos conservadores traduziam uma retórica populista que compreendia o povo como um conjunto de indivíduos que pagam impostos. Portanto, com direito de exigir o funcionamento da máquina estatal. E, apenas um governante com bravura moral, asseguraria justiça social e coexistência pacífica, apesar das diferenças. Um tipo de moralismo positivista preocupado com o julgamento da história, que de um lado pregava a moralidade pública e de outro fechava os olhos para as imoralidades cometidas por seus entes.<sup>114</sup>

O casamento, nessa época, tinha por finalidade geral “a estabilidade dos sistemas das relações sociais, a manutenção do *status quo* patrimonial com a posterior sucessão. A instituição do consórcio de direitos e deveres numa experiência coletiva limitada,” cuja finalidade específica era a legitimidade ou a legitimação da prole, a procriação de filhos e a impressão de efeitos a certas relações de fato.<sup>115</sup> A origem dessa moralidade é a herança deixada por um Brasil Colônia que, mesmo não hegemônico em cultura e no direito, possuía práticas e normas instituidoras de solenidade e formalidades nas vidas pública e privada.<sup>116</sup> O que se quer dizer é que os Direitos civis existiam apenas no texto da lei. As pessoas comuns eram “cidadãos em negativo”, fruto de uma sociedade agrária, maciçamente rural, predominantemente analfabeta, patriarcal e escravagista,<sup>117</sup> formando a base de uma sociedade intelectualmente conservadora.<sup>118</sup> Visão que, de certo modo, orientou a evolução da sociedade.

O Código de 1916, vigente nesse período, refletia um conceito conservador de família: patriarcal, hierarquizada, patrimonial, matrimonializada, transpessoal e

---

<sup>114</sup> BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita. **A UDN e o udenismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. p. 267-268, 274.

<sup>115</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 108.

<sup>116</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

<sup>117</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX**. Revista de Direito da UFPR. p. 72. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/9415/6507>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>118</sup> ADEODATO, João Maurício. **O Positivismo Culturalista da Escola do Recife em Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 2, maio/ago, 2003. p.303-326.

heterossexual,<sup>119</sup> no qual o indivíduo existia para o fortalecimento da instituição e cuja característica era a apropriação de bens.<sup>120</sup> Uma sociedade desigual, discriminatória e excludente da figura feminina, representando o substrato de uma sociedade elitizada<sup>121</sup> que não se envergonhava de ser escravagista<sup>122</sup> e discriminatória e que proclamava princípios constitucionais (direito à propriedade, à liberdade, à segurança) apenas teórica e formalmente. Entretanto, o desenvolvimento dos modos de produção e o ingresso da mulher no mercado de trabalho trouxeram o declínio do patriarcalismo, que foi acentuado com o surgimento das pautas feministas, movimento social vigoroso que representou a grande revolução<sup>123</sup> do século XX.

O conservadorismo, neste momento histórico, é composto desses valores, mas também é resultado do que adveio depois da crise de 1929 e da profunda depressão da década de 1930, a partir da qual o Estado passou a adotar uma postura intervencionista no plano econômico e no plano ideológico. Com isso, a teoria liberal, que pregava pelo livre funcionamento do mercado, é posta em segundo plano. “Esta crise ideológica refletiu, no âmbito burguês, na reação fascista e nas teorias corporativistas e, de outro lado, no fortalecimento da ideologia socialista e da organização dos trabalhadores”<sup>124</sup>. Isto resultou em um Estado composto por novas “instituições e aparatos jurídicos para intervir na economia, dos quais se destacam aqueles destinados à área social”.<sup>125</sup> A UDN e os conservadores defendiam a teoria liberal como melhor modelo econômico e se opunham à expansão econômica e ideológica.

Similar à retórica moral da década de 1950, o novo conservadorismo brasileiro é uma parcela desse movimento, alicerçado nas pautas anticorrupção e de reação às políticas implementadas pelo Partido dos Trabalhadores e suas lideranças,<sup>126</sup>

<sup>119</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, p. 34.

<sup>120</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**, p. 8.

<sup>121</sup> Mantendo-se a “odiosa forma de redução de uma pessoa à coisa”. Inclusive nas estruturas das instituições político-jurídicas, que se desenvolvem adaptando os princípios liberais advindos da França e dos Estados Unidos aos anseios das elites. Monarquia Constitucional e escravidão. Ver mais em: FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX**. Revista de Direito da UFPR. p. 66. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/9415/6507>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>122</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica brasileira e a questão**.

<sup>123</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2016. p. 23.

<sup>124</sup> PIRES, Julio Manuel. **Desenvolvimento versus liberalismo econômico no período populista e o gasto público social**. Revista Economia e Sociedade, Campinas. V. 19, v. 3 (40). Dez. 2010. p. 532.

<sup>125</sup> PIRES, Julio Manuel. **Desenvolvimento versus liberalismo**, p. 532.

<sup>126</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 17.



acrescida da pauta religiosa judaico-cristã, que traz a preservação do modelo heteronormativo de família para o centro do debate político. O novo conservadorismo no Brasil dá às questões da família, da sexualidade, da reprodução e aos valores cristãos a centralidade retórica e visa restabelecer o poder pela retidão moral.<sup>127</sup> Ele se alicerça na defesa de um conceito de família tradicional patriarcal, no liberalismo econômico, na redução das pautas sociais e no combate à igualdade de gênero.<sup>128</sup> Pretende a legitimação do golpe militares havido, apoiando, em muitas oportunidades a intervenção militar, referindo-se, saudosamente, à própria ditadura militar. Este movimento conservador, desde sempre presente na sociedade brasileira, utiliza-se agora dos discursos religiosos como autoridade política e moral, ferindo não apenas os valores e garantias constitucionais, mas princípios democráticos e provoca, de norte a sul, reações inéditas e cada vez mais radicalizadas.

São exemplos dessas iniciativas, em 2006, a primeira proposta de agravamento da legislação proibitiva do aborto, com o Projeto de Lei n. 7443/2006 que pretendeu o aborto como crime hediondo.<sup>129</sup> Em 2007, outra proposta no mesmo sentido: o PL 478, conhecido por Estatuto do Nascituro, que, na versão original proibia o aborto inclusive para os casos de estupro, ocasião em que o Estado concederia à criança uma “bolsa estupro”, e se constitui na primeira tentativa de dispor normativamente sobre os eventuais direitos do feto. Esta iniciativa legislativa ainda está em tramitação através do PL n. 5435 de 2020<sup>130</sup>.

Em 2006 também ocorreu a retomada da tramitação do projeto que dispunha sobre a descriminalização do aborto, o PL n. 1135/1991, e a ele apensado o PL n. 176/1995, que ficara mais de 15 anos paralisado. Em 2008 foi rejeitado e, com isso, mantida a criminalização do aborto pela Comissão de Seguridade Social e Família. Não fosse suficiente, esse mesmo projeto foi tido por inconstitucional pela Comissão

---

<sup>127</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 29.

<sup>128</sup> Para Marina Basso Lacerda a expressão “novo conservadorismo brasileiro” é uma reelaboração do neoconservadorismo norte-americano, que se referia originariamente à coalizão que reuniu parcela majoritária do movimento religioso evangélico, elementos da direita secular do Partido Republicano e intelectuais na eleição de Ronald Regan nos Estados Unidos em 1980. E, o ponto de convergência entre eles está, diferentemente de outros movimentos conservadores, na atuação da direita cristã baseada na ideia de que a família e não o Estado é a resposta para toda a ordem de disfunções sociais. BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 16.

<sup>129</sup> FONTE: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/90893-projeto-classifica-aborto-como-crime-hediondo/>.

<sup>130</sup> FONTE: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145760>.

de Constituição, Justiça e Cidadania por 61 votos a 4, com forte lobby evangélico em articulação com outros segmentos religiosos.<sup>131</sup>

Na mesma época, o governo federal progressista capitaneado pelo PT teria se posicionado francamente favorável ao aborto e a sua regulamentação legislativa, inclusive com iniciativas reiteradas do executivo pela via do Ministério da Saúde, que, diante da polêmica e da demora na regulamentação legislativa afirmara que, se homens engravidassem, a questão do aborto já estaria resolvida e seria tratada sob a perspectiva da saúde pública.<sup>132</sup> Pesquisas recentes apontam que a reação coletiva dos segmentos tradicionalistas foi proporcional à postura liberal do executivo da época e gerou um marco no tratamento das questões de gênero sob uma matriz religiosa cristã e conservadora.<sup>133</sup> Também demonstram que a reação conservadora às pautas de relevo para a comunidade LGBT (igualdade e liberdade) aumenta mais lentamente a partir de 2011, coincidentemente, mesmo ano da chegada de Dilma Rousseff à presidência da República.

Compreende-se que, da proibição de terapias de cura para o homossexualismo pelo Conselho Federal de Psicologia, do julgamento pelo STF da constitucionalidade da união homoafetiva<sup>134</sup> e da tentativa de divulgação de material voltado à promoção do direito à diversidade sexual em escolas pelo Executivo,<sup>135</sup> houve como reação legislativa (*backlash*) o Projeto para a Cura Gay (PDC n. 234/2011) em flagrante oposição aos valores e princípios constitucionais. Demonstrando que, na opinião de parlamentares, o conceito de “gênero”, “identidade de gênero” e “orientação sexual” trazem uma ideologia que procura excluir o padrão binário dos sexos e tem por objetivo destruir o conceito tradicional da família, como sendo a união entre homem e mulher unidos pelo compromisso de criar filhos.<sup>136</sup>

Essa reação parlamentar às políticas públicas (implementadas pelo governo anterior) e aos valores da Constituição, cresce desde 2011 porque pretende defender o modelo de família tradicional, os valores religiosos cristãos, através do combate a uma ideologia de gênero que não se funde em uma orientação sexual heterogênea.

---

<sup>131</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 64-65.

<sup>132</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 67.

<sup>133</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 68.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 442/2017.

<sup>135</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 69 -71.

<sup>136</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 72.

Outros importantes exemplos do que se diz, são o fato de que, em 2013, no contexto do Plano Nacional de Educação, sob relatoria de Partido Progressista, incluiu-se diretriz de superação das desigualdades educacionais pela promoção da igualdade racial, regional e de gênero. A iniciativa foi fortemente combatida ao argumento de que a desconstrução da heteronormatividade desgraçaria o tecido social e os valores da família, beneficiando apenas o partido político do governo da época (PT). Ocorreu que, embora esse ideário tenha prevalecido no ambiente da comissão, o documento final da Conferência Nacional de Educação trouxe a diretriz de superação das desigualdades de gênero e orientação sexual. O que foi recepcionado pelos parlamentares como uma afronta à lei. E culminou no Projeto de Lei n. 3235/2015 que pretende a proibição de conteúdo de “ideologia de gênero”, “gênero” ou “orientação sexual” no sistema educacional. Criminalizando a inclusão, em atos do governo, desses termos ou a produção de materiais didáticos-pedagógicos contendo-os.<sup>137</sup> Outras iniciativas parlamentares se seguiram com foco na oposição à superação da desigualdade de gênero, especialmente através de iniciativas como a obrigatoriedade de ensino religioso nas escolas públicas e ensino bíblico na educação fundamental e média do ensino básico, além do *homeschooling* como sistema alternativo de alfabetização doméstica.<sup>138</sup> É que para os novos conservadores a igualdade entre homem e mulher e a liberdade do domínio sobre o próprio corpo e sobre as próprias escolhas sexuais atentam contra as bases da família tradicional, subvertendo-a aos ideais marxistas.

Por muito tempo, garantir os direitos fundamentais significou protegê-los de interferências estatais injustificadas. Contudo, os direitos fundamentais reclamam não apenas uma abstenção estatal, mas uma ação suficiente à sua promoção para que sejam de fato efetivos. Nesse sentido, é preciso compreender que discriminar alguém é violar direito fundamental e que a realização desse direito não virá da mera aplicação direta das normas constitucionais, virá de uma interpretação dessas com todo o sistema de justiça e da promoção de políticas públicas inclusivas que respeitem a alteridade.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 74.

<sup>138</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 75.

<sup>139</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 115.

No que toca aos direitos fundamentais, embora o STF afirme empiricamente que não existem direitos absolutos,<sup>140</sup> estes somente podem ser relativizados na presença de outro direito igualmente fundamental.<sup>141</sup> Caberia, então, ao Estado impor uma moralidade dominante?

Na sociedade brasileira há pautas morais e políticas conflitantes, de um lado os movimentos feministas e LGBT promovendo a igualdade de gênero e dos direitos sexuais e reprodutivos. De outro, católicos e evangélicos organizados na defesa da liberdade religiosa, da família e da moral sexual cristã, uma moralidade familista unitária que se contrapõe ao pluralismo ético, referência dos movimentos sociais. Não se trata, portanto, do conservadorismo do início do século mas de um novo conservadorismo que, por representar uma maioria religiosa cristã, busca reafirmar uma perspectiva moral que sirva de base para a regulação da vida social e reprodutiva da sociedade. É na influência política dos religiosos que nascem os principais obstáculos para os direitos reprodutivos e sexuais.<sup>142</sup> Política e religião que se misturam na representação executiva e legislativa nacional e talvez, em breve, na judiciária também. O substrato dessa vertente moral está nas bases epistemológicas da doutrina da igreja católica contra a igualdade de gênero, a diversidade sexual e a “cultura da morte”. A ideologia e o movimento político conservador se desenvolvem em resposta ou em resistência ao fortalecimento das minorias socialmente organizadas, quando estas ameaçam as estruturas sociais e políticas consolidadas.<sup>143</sup>

O novo conservadorismo se propõe, então, a manter a ordem patriarcal e o sistema capitalista e pode ser conceituado como uma “racionalidade política” que se expressa pela “forte regulação da moralidade sexual”.<sup>144</sup> Para eles a ordem ameaçada seria a família tradicional. Por isso se colocam na defesa dos valores religiosos e do papel do homem e da mulher na estrutura social e política. Defendem, deste modo, uma lógica normativa disciplinadora da moral sexual do indivíduo. Nele, se unem debaixo de uma retórica de crise da instituição família, atores religiosos para

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 23452/1999**.

<sup>141</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 115.

<sup>142</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina**. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 13-14.

<sup>143</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 24.

<sup>144</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 26.

desenvolver uma política de responsabilização fundamental à agenda neoliberal<sup>145</sup> de privatização e desregulamentação, opondo-se ao fortalecimento de agendas feministas e LGBT.<sup>146</sup>

Logo, no novo conservadorismo podem existir cinco dimensões. A primeira indicaria uma aliança entre setores evangélicos e católicos em associação com a extrema direita, ultraneoliberais e militares, em reação ao gênero, pauta central em campanhas eleitorais e políticas de governo. Atenta-se para o forte crescimento dos pentecostais dentro e fora da ação política e para as diferenças morais ideológicas entre os protagonistas religiosos.

O novo conservadorismo católico defende de forma intransigente a proibição do aborto e a sua criminalização. Já quanto à homossexualidade, reconhece que, embora seja um ato desordenado, deve ser acolhida com respeito, compaixão e delicadeza, desde que o casamento exista apenas entre homem e mulher.<sup>147</sup> O novo conservadorismo evangélico, por sua vez, desqualifica a homossexualidade e apresenta a cura gay como missão. Há centros de aconselhamento e acompanhamento espiritual para os cristãos que não se adequam à heteronormatividade. São especializados – psicológica e juridicamente – na garantia dos valores cristãos e na defesa da liberdade de expressão dos líderes pentecostais em matéria de homossexualidade. Opõem-se reiteradamente contra Projetos de Lei e iniciativas legislativas e judiciais favoráveis às minorias sexuais. Por sua vez, parecem ser mais flexíveis quanto a questão do aborto.<sup>148</sup>

A segunda dimensão permite considerar que os setores religiosos levaram as suas pautas morais para o campo do direito, é a juridificação<sup>149</sup> reativa na defesa de

<sup>145</sup> No bolsonarismo, as políticas neoliberais não estariam ligadas à promoção do equilíbrio fiscal, ligar-se-ia a uma matriz puramente ideológica. O objetivo seria o restabelecimento de uma ordem econômica natural, na qual os produtores não estariam submetidos a pressão redistributiva, através da deslegitimação a interferência do Estado nas relações sociais. Especialmente na proteção do hipossuficiente na relação laboral. O empresariado seria vítima da intervenção do Estado. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise**, p. 147.)

<sup>146</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 27.

<sup>147</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 29.

<sup>148</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, 29.

<sup>149</sup> Juridificação, tal como empregado pelos autores, por um lado descreve i) o crescente uso de instrumentos e normas legais para resolver conflitos sociais e políticos (judicialização e judicialização da política) e também ii) o processo pelo qual as pessoas passam a entender-se sujeitos legais e portadores de direitos. Portanto, significado mais amplo. (BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 9)

princípios morais que consideram violados pelos movimentos feministas e LGBT. Usam os direitos humanos como estratégia e arena para enfrentar os movimentos sociais minoritários. Enquanto a igreja católica defende uma moral sexual universal, a família natural e a sexualidade para a reprodução, os pentecostais usam da gramática dos direitos humanos para defender a liberdade de crença, as prerrogativas das instituições religiosas, dos princípios morais cristãos no âmbito constitucional,<sup>150</sup> propondo uma leitura da Constituição a partir de sua ideologia. Atores políticos e jurídicos são definidos e escolhidos pela crença religiosa que possuem.<sup>151</sup>

Numa terceira dimensão, inserir-se-iam em um contexto democrático, composto também pela sociedade civil e por organizações não governamentais que influenciam o sistema partidário. A própria criação dos partidos democratas cristãos são criação estratégia dos católicos, tanto quanto o é a existência de uma frente parlamentar evangélica.<sup>152</sup>

A quarta dimensão reclamaria o reconhecimento de um caráter transnacional do novo conservadorismo, forte na própria estrutura organizacional mundial da Igreja Católica, incluindo discursos inflamados dos atores políticos cristãos em suas agendas internacionais para difundir pautas “pró-família” e contra o aborto, que são propalados na mídia nacional e internacional.<sup>153</sup> Por fim, uma quinta dimensão associaria o novo conservadorismo com o neoliberalismo como vetor de aprovação de políticas neoliberais com foco nas privatizações, funcionando como um “moralismo compensatório”.<sup>154</sup>

Quer parecer, contudo, que essa defesa intransigente da família tradicional patriarcal seja apenas um modo de manejo político da comunidade, contrário à

<sup>150</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 31.

<sup>151</sup> Haveria um discurso comum sobre a atuação pública dos cristãos (teológica, jurídica e política através de uma estruturação do poder e da política a partir da soberania de Deus no mundo e de um modelo moral ofertado pela natureza, para a ordem social. Daí porque a centralidade de temas como família, aborto, autoridade e liberdade. A construção de uma “teologia política orientando a atuação de católicos e protestantes no mundo secular em termos seculares; e uma teologia natural servindo de base moral para a vida em sociedade”. ALMEIDA, Ronaldo de. **A religião de Bolsonaro: populismo e neoconservadorismo**. Em: Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política. AVRITZE, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 419.

<sup>152</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 36.

<sup>153</sup> BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo**, p. 36.

<sup>154</sup> Para saber mais sugere-se a leitura dos escritos de Flavia Biroli, especialmente o artigo “**O rastro da onda: derrocada de direitos e moralismo compensatório**”. Blog da Boitempo, 20 out. 2017. Acesso em: 20 dez. 2021.

moralidade política prevista na Constituição, que tem como pilares a igualdade e a liberdade.<sup>155</sup> Contra isso, apenas uma teoria política e decisória que respeite o direito como algo construído, interpretativamente, com integridade e coerência poderia vir a preservar os alicerces democráticos do Estado.

Por essa razão, este trabalho referencia-se nas teses defendidas por Ronald Dworkin. Não apenas porque fruto de uma análise filosófica objetiva e rigorosa do direito, mas porque se funda numa oposição ao positivismo jurídico<sup>156</sup> e se coaduna com a compreensão de que o direito se constitui das leis escritas e não escritas, fundamento de um sistema jurídico delimitado por princípios que melhor justificam as suas práticas.<sup>157</sup> Para além disso, porque interpreta o direito a partir de princípios morais e políticos mais abrangentes e na incansável busca racional pela resposta certa: aquela que respeita a moralidade social e os objetivos políticos da sociedade.<sup>158</sup>

As regras jurídicas e os princípios de direito servem, então, para proteger o direito que já existe dentro de uma ordem normativa.<sup>159</sup> Uma leitura positivista do direito falharia porque não reconheceria que o direito é moral, mantém o direito ao que é posto e partiria, apenas do ponto de vista do intérprete, para explicar o fenómeno do direito. Para pensar em como localizar os princípios de moralidade política de uma

<sup>155</sup> “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 271.

<sup>156</sup> Positivismo jurídico ou simplesmente Positivismo, será empregado nesta pesquisa no sentido clássico da Escola da Exegese. O **positivismo exegético** pode ser remetido à França do século XIX e a todas as circunstâncias políticas que ali existiam. Aquela que propõe a separação entre direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, forte na proibição de interpretar como sinónimo do positivismo. A **Escola da Exegese** tinha como características: a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, a onipotência do legislador, a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, o culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão direito positivo” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, p. 15). Para Miguel REALE, “diz-se Direito Positivo aquele que tem, já teve, ou está em vias de ter vigência e eficácia” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 601), o que é confirmado por Tercio Sampaio FERRAZ JR., para quem “Direito positivo (...) é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**, p. 157) conforme ensina CELLA, José Renato Gaziero. **Positivismo Jurídico no Século XIX: Relações entre Direito e Moral do Ancien Régime à Modernidade**. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>. Acesso em: 19. Abr.2022.

<sup>157</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

<sup>158</sup> BIX, Brian. Ronald Dworkin’s Right Answer Thesis (chapter 4). **Law, language and legal determinacy**. Oxford. Clarendon, 1993. p. 77-132.

<sup>159</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: uma interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraez Editores, 2012. p. 31.

comunidade, é preciso considerar que proposições jurídicas devem ser vistas como parte de uma estrutura maior de princípios jurídicos abstratos. Proposições específicas e abstratas similares devem ser organizadas da mais ampla e geral à mais especial e particular, com todas as partes combinadas entre si como se houvesse uma espécie de concordância natural entre elas. A coerência deve, então, ser vista não apenas em cada regra do direito, mas em todo seu sistema.<sup>160</sup> Desse modo, face aos valores e princípios constitucionais, adota-se o critério igualitarista de Dworkin e Bobbio para uma conotação de conservadorismo enquanto ideologia que, em alguma medida, se opõe ao reconhecimento das igualdades:

o princípio da igualdade é o caráter distintivo que orienta a díade esquerda/direita, dessa forma, o elemento que melhor caracteriza as doutrinas e os movimentos que se chamam de 'esquerda', e como tais têm sido reconhecidos, é o igualitarismo, desde que entendido [...] não como a utopia de uma sociedade em que todos são iguais em tudo, mas como tendência, de um lado, a exaltar mais o que faz os homens iguais do que o que os faz desiguais, e de outro, em termos práticos, a favorecer as políticas que objetivam tornar mais iguais os desiguais.<sup>161</sup>

A oposição à igualdade, como característica do movimento conservador, faz refletir sobre a quadra conservadora dobrada pela sociedade brasileira. Por qual razão prevaleceu em 2011 a moralidade pressuposta pela Constituição Federal, interpretada historicamente pelo Poder Judiciário na ADI 4277 e na ADPF 132 e logo adiante, em 2013 e em 2015 prevaleceu outra moralidade, antagônica, emanada do legislativo? Uma compreensão de moralidade política que, por não ser íntegra, não pode ser justa porque em uma comunidade de princípios, cada pessoa é tão digna quanto as outras.<sup>162</sup> Conforme Dworkin, nas democracias maduras se reconhece, na qualidade de tese abstrata, que os governos devem tratar os governados com igual consideração e devem conceder-lhes as liberdades de que necessitam para alcançar uma vida digna.<sup>163</sup> E não há violação mais clara da liberdade e da igualdade que a prática de atos de flagrante preconceito.<sup>164</sup>

<sup>160</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **É importante o modo como os juízes decidem os casos?** Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>. 2017>. Acesso em: 15 nov. 2021.

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Edusp, 1995. p. 110. Nesse mesmo sentido BASSO, Marina. **O novo conservadorismo**, p. 27.

<sup>162</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 257.

<sup>163</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 504.

<sup>164</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**, p. 513.



As eleições de 2018 são resultado de um ativismo conservador que se articula em diferentes frentes, em reação aos direitos sociais e aos direitos fundamentais conquistados e, especialmente, através de um discurso argumentativo distópico sobre ideologia de gênero, homoafetividade, capital e trabalho, construíram as bases da campanha política do eleito.<sup>165</sup> Um movimento conservador que se apropriou da fragilidade da comunidade, dividiu a nação e que, por isso, requer a justa compreensão do que seja a racionalidade moral liberal e a racionalidade moral conservadora. Soma-se a isso a profunda indignação da população contra atos de corrupção antes perpetrados e que vinham à público diuturnamente naquele momento histórico.

O fato é que, de certa forma, é esse modelo tradicional de família que perpassa a Constituição cidadã. Paradoxalmente, a regra escrita da Constituição contempla apenas três modalidades de família: i) a família matrimonial, advinda do casamento monogâmico prevista no artigo 226, §1º, 2º; ii) a família constituída pela união estável também prevista no artigo 226, §3º da Constituição e iii) a família monoparental que se vê representada no artigo 226, §4º. Portanto, uma leitura desatenta sua poderia sugerir que apenas o conceito tradicional de família seria visto como base da sociedade e dotada de especial proteção do Estado. Entretanto, a sociedade brasileira é composta por famílias plurais. Algumas se reconhecem nesses modelos de família, mas outras não. São famílias que se constituem pelo afeto e pela liberdade de pertencer a núcleos familiares de realização pessoal. A família é, então, ponto de encontro e sendo assim, é possível afirmar que a Constituição ao garantir a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, passou a demandar do Estado o reconhecimento de outros modelos familiares, aqueles constituídos pela liberdade e pela igualdade entre os seus membros.

Contudo, a regra do art. 226 não pode ser lida de maneira estanque, uma leitura atenta da Constituição faz compreender que essa regra se destina expressamente às famílias plurais, estabelecendo não apenas a possibilidade de união estável como forma de Constituição de família, mas a possibilidade de que ela se forme a partir da igualdade de gênero. Nesse sentido foi o entendimento da Corte constitucional no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo**, p. 16.

<sup>166</sup> Consta do voto do Relator: “É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o

Não obstante, diversos fatores indicam que parte da sociedade brasileira por um motivo ou outro pretende a manutenção do conceito de família patriarcal tradicional, opondo-se ora ao aborto, ora às múltiplas constituições de família. O presente estudo se debruça não sobre o conceito vertical de família, mas sobre a família plural prevista na Constituição e considera ser o movimento novo conservador antagônico a ela. A hipótese é a de que há uma moralidade subjacente à política e à religião que impede a eficácia das promessas constitucionais, desprestigiando a família brasileira.

Veja-se, por exemplo, o Projeto de Lei nº 6583/2013, denominado Estatuto da Família,<sup>167</sup> que pretende definir entidade familiar como “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.<sup>168</sup> Esse projeto, que é fruto dialógico da Câmara dos Deputados com setores da sociedade ali representada através de audiências públicas e encontros regionais, debateu o conceito de família e a sua importância para a sociedade, bem buscou priorizar ações voltadas para a proteção das famílias em situação de risco e ou vulnerabilidade social, para a política de internação compulsória necessária nesse contexto e para políticas de segurança pública direcionadas à entidade familiar.

---

dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar”. E mais adiante que: “(...) Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. Pondera que: “Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de Constituição de uma família. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. p. 18.

<sup>167</sup> Projeto do qual o atual Presidente da República figurava como parlamentar naquela época, foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara Legislativa brasileira. Fonte: Câmara aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. FONTE: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/472681-camara-aprova-estatuto-da-familia-formada-a-partir-da-uniao-de-homem-e-mulher/>. Acesso em: 7 nov. 2021.

<sup>168</sup> Projeto Lei no. 6.583/2013, apenso ao PL no. 6.584/2013, dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. De autoria do Deputado Anderson Ferreira e sob a relatoria de Diego Garcia. [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=06D892D0843401E8D3F2055F561F952A.proposicoesWeb2?codteor=1390195&filename=Tramitacao-PL+6583/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=06D892D0843401E8D3F2055F561F952A.proposicoesWeb2?codteor=1390195&filename=Tramitacao-PL+6583/2013). Acesso em: 07 nov. 2021.

Entretanto, não contempla a pluralidade necessária. Do ponto de vista do diálogo institucional, sobressai a ausência de importantes interlocutores sociais, como os diversos movimentos sociais capitaneados pela diversidade de gênero, raça e credo. Faz supor que apenas parte da sociedade brasileira foi ouvida para a produção da norma legislativa que atende a critérios de moralidade dos seus idealizadores, sem qualquer preocupação com uma moralidade política que exige igual consideração e respeito<sup>169</sup> e que aprecia a dignidade<sup>170</sup> individual de cada cidadão.

Questionada a constitucionalidade material do projeto no âmbito legislativo, a própria Comissão Parlamentar entendeu pela juridicidade e pela boa técnica legislativa (formal e material) ao argumento de que o projeto de Lei nº 6.583 e o seu apenso nº 6.584 não conflitariam com a Constituição Federal, vez que o objetivo da lei é garantir a valorização e a proteção da família, conforme preceitos estabelecidos no artigo 226 da Constituição Federal. Todavia, o projeto não encontra a prática legislativa na sua melhor luz. Parece evidente que ele não se adequa ao sistema de princípios morais e valores consagrados pela Constituição. Valores esses que são ancorados, para muito além da moralidade individual de legisladores, na moralidade coletiva da comunidade.<sup>171</sup>

Não sem razão, durante o processo legislativo houve destaque, apresentado por uma parte do legislativo, para votação em separado de emenda que definia entidade familiar como “núcleo social formado por duas ou mais pessoas unidas por laços sanguíneos ou afetivos, originados pelo casamento, união estável ou afinidade”.<sup>172</sup> O que sinaliza que não há consenso entre os legisladores eleitos, exatamente porque o conceito nele utilizado traduz uma moralidade discriminatória e preconceituosa que retira direitos de milhões de brasileiros que não se coadunam com o ali exposto.

Há uma agenda conservadora do governo que pretende diminuir a pluralidade da família brasileira. Observe-se, por exemplo que no ano de 2013 houve manifestação popular em frente ao Congresso Nacional, em oposição ao movimento LGBT, ao governo federal e ao judiciário. Defendiam que união homoafetiva fosse

---

<sup>169</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 503.

<sup>170</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**, p. 504.

<sup>171</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 254-255.

<sup>172</sup> FONTE: BRASIL. Câmara dos Deputados. \_\_\_\_\_ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/472681-camara-aprova-estatuto-da-familia-formada-a-partir-da-uniao-de-homem-e-mulher/> Acesso em: 9 jan. 2022.

considerada crime.<sup>173</sup> Esse evento pode ser considerado um *backlash* não apenas à decisão do STF de 2011 que tratou de reconhecer a união homoafetiva, mas, à própria Constituição, quando protege igualdade e liberdade como dimensões da dignidade humana.

É certo que essa manifestação contrária à liberdade e a igualdade chocou multidões e foi assunto nos mais diversos meios de comunicação e nas redes sociais. Antagonicamente, representou muitos cidadãos que professam o direito a um Estado baseado nas suas crenças morais. Tal evento não se tratou de um fato isolado, é ponto de inflexão do que já começara bem antes, em 2011 tramitou na Câmara Federal<sup>174</sup> o projeto n. PDC 234/2011, conhecido como o projeto da “cura gay”. Desde lá, matérias reativas aos direitos das mulheres e da comunidade LGBT tiveram eco entre as bancadas religiosas com a intenção de restringir liberdades e direitos de muitos.

A Constituição brasileira, porém, revolucionou o direito de família, deslocando o centro de atenção dos bens para as pessoas, sepultando o modelo de família do código civil do começo do século e o fez pela força de sua principiologia. A formação da família desatrelada do casamento dá liberdade de escolha, reconhece a dignidade e a igualdade dos sujeitos para quem o ordenamento jurídico se desloca. No entanto, mesmo diante desses princípios e valores constitucionalmente assegurados, o Estatuto da Família foi aprovado pelo ente legislativo no ano de 2015 e segue em tramitação legislativa e poderá significar imenso retrocesso em matéria de direitos.

Quer-se dizer que, a pauta legislativa é uma reação à equiparação das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo à união estável, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro,<sup>175</sup> no âmbito dos julgamentos das ADI 4.277 e ADPF 132. O Julgado, ao tratar de entidade familiar conforme os valores e os princípios constitucionais afirma que o princípio da liberdade exige dos atos de governo, tratamento com igual consideração e respeito.<sup>176</sup> Adiante, articula a impossibilidade

<sup>173</sup> BRESCIANI, Eduardo. **Em ato contra gays, Silas Malafaia diz que união homoafetiva é crime.** O Estado de São Paulo. 2013. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-ato-contra-gays-silas-malafaia-diz-que-uniao-homoafetiva-e-crime,1039203>>.

<sup>174</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 234/2011.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505415>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277 e ADPF 132.** Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 09 mar. 2022.

<sup>176</sup> Em referência expressa à tese de Ronald Dworkin.

do Estado em diferenciar indivíduos em função do seu valor moral presumido, consubstanciado no respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>177</sup> É que para ser digno, é preciso ser livre<sup>178</sup> e para garantir a efetividade dos direitos conquistados, no caso concreto ali apreciado, a procedência traduz a melhor interpretação da norma debatida (artigo 1.723 do Código Civil)<sup>179</sup> porque em consonância com os princípios constitucionais.<sup>180</sup> Além disso, a manutenção das famílias formadas pelo afeto à margem da lei é prática de um Estado antidemocrático que não é (e nem poderia) albergado pela Constituição.

De fato, o inaceitável aos conservadores contrários à decisão do STF, parece ser muito mais o conteúdo da interpretação jurídica, os valores imbricados nas leis e julgados, que a forma de organização das instituições ou o eventual avanço entre as competências dos poderes. Afinal, decisões próprias do Direito de Família, para casais homossexuais, não representam perigo para a legitimidade do Estado.<sup>181</sup>

O caso é que, no Brasil os direitos inerentes à liberdade não podem ser suprimidos<sup>182</sup> e devem ser afirmados em todas as suas dimensões, inclusive a liberdade de casar de modo igual aos casais heterossexualmente identificados. A igual cidadania também é um direito fundamental afirmado na estrutura do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da CF), portanto, deve ser compreendido para além de sua dimensão formal. Desse modo, não há como concordar com a boa técnica (formal e material) do Estatuto da família. A decisão judicial dada pela Corte Constitucional, como forma da melhor interpretação da Constituição compreendida organicamente, não permite afirmar forma menor de família que não a plural. Antes mesmo de compilar e sistematizar regras, a Constituição é feita de valores e de princípios, nesse sentir, o tecido<sup>183</sup> não permite a compreensão de que o Estatuto da

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto dado pelo Ministro Luiz Fux. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. p. 81.

<sup>178</sup> Voto da Ministra Carmem Lúcia. \_\_\_\_\_ Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. p. 93.

<sup>179</sup> BRASIL. SENADO FEDERAL. LEI 10.406 de 10 de janeiro de 2002. \_\_\_\_\_ Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 09 jan. 2022.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132.

<sup>181</sup> NINA, Alan Michel Santiago; SOUZA, Carlos Augusto Silva. **De Kant A Mouffe: Desenvolvendo Argumentos Positivos Acerca Do Reconhecimento De “Famílias Homoafetivas” Pelo Judiciário Brasileiro**. Rev. NUFEN. v.4, n.1, janeiro-junho, 59-72, 2012. p. 62. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rnufen/v4n1/a06.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2021.

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132.

<sup>183</sup> Do latim *textus*, que significa “tecer” ou “entrelaçar fios”. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://www.dicionarioetimologico.com.br/tecido/>> Acesso em: 07 nov. 2021.

Família observe os valores constitucionais e com eles se alinhe. Antes, ao contrário, compreende o Projeto como flagrante subversão de valores, retrocesso em matéria de direito fundamental, fruto de uma moralidade conservadora<sup>184</sup> que não é encontrada na comunidade brasileira.

A moralidade conservadora expressada no referido projeto é baseada na ideia da família tradicional, que parte de uma relação havida entre homem e mulher, formada pelo casamento entre esses sexos opostos, cuja figura masculina é central e se fundamenta na monogamia e na heteronormatividade. Trata-se de um modelo que representa a ideologia judaico-cristã preponderante no Brasil desde os tempos da colônia, atrelada fortemente à noção de superioridade dos brancos, enquanto fruto de um sistema de colonização portuguesa da cultura, da religião e da economia dos nativos e dos africanos.<sup>185</sup> O Direito brasileiro apresenta características dessa heteronormatividade que reduz a própria compreensão da pluralidade.<sup>186</sup> No entanto, a igualdade (afirmada como princípio constitucional) pressupõe um olhar crítico do modelo heterossexual; do masculino na centralidade e do feminino na margem, tanto quanto das relações heteroafetivas como padrão de normalidade moral, enquanto a homossexualidade possa ser vista como disfuncional, patológica ou pervertida para que se possa alargar e recriar as noções restritas de família e de parentesco.<sup>187</sup>

A crescente busca por legitimação de novas formas de família e pela desconstrução do ideal de casal heterossexual faz parte da luta pelo reconhecimento da diferença como elemento central da igualdade simbólica e material. Há, assim, uma busca pela superação da normatividade heterossexual como modelo de regulamentação.<sup>188</sup> Uma normatização neste sentido impediria o reconhecimento da

---

<sup>184</sup> Parte-se da compreensão de que a moralidade conservadora é adotada por muitos como modelo existencial. A experiência de reconhecimento de uma comunidade como um grupo hegemônico impõe, de certo modo, a universalização dos seus valores. Por isso, desencadeia reações violentas contra tudo o que ameaça o conservadorismo. (GUIMARÃES, J.C. **Moral Conservadora: perguntas que podem revelar a hipocrisia.** \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://www.revistabula.com/40149-moral-conservadora-perguntas-que-podem-revelar-a-hipocrisia/>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

<sup>185</sup> GUIMARÃES, J.C. **Moral Conservadora.**

<sup>186</sup> Para Rawls, uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si é o resultado normal do exercício de cidadania perante instituições livres de um regime democrático e constitucional. Estado. Ver: RAWLS, John. **Justiça e democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. IX.

<sup>187</sup> ABOIM, Sofia; VASCONCELOS, Pedro; COSTA, Carlos Gonçalves. **Para além da heteronormatividade: repensando os significados da família. Famílias no plural: alargar o conceito, largar o conceito – atas da conferência.** ILGA Portugal, 2013. p. 100.

<sup>188</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 45-46.

família vista em uma realidade legitimamente mais plural, recusando a ideia de um único modo, restrito e discriminatório, de fazer e ser família.<sup>189</sup>

O argumento empregado pelos conservadores para a defesa de seus ideais é de ordem religiosa, alegam que a sociedade brasileira é composta majoritariamente (80%) de homens e mulheres que professam a fé cristã. Razão suficiente para a rejeição de qualquer outra modalidade de família.<sup>190</sup> Este argumento serve, no entanto, para dividir ideologicamente a população - ainda que o artigo 5º da Constituição estabeleça o Estado brasileiro como laico. Ele desconsidera que a pluralidade de crenças e de valores repousa sobre a liberdade e recomenda a neutralidade dos atos administrativos e o respeito da alteridade como norma moral e política. Chama a atenção, no entanto, a transição religiosa da população brasileira. Veja-se que em 1989, 83% da população brasileira era católica e apenas 9% era evangélica. Atualmente são 50% católicos e 30% evangélicos. Sendo esses que em maior medida se identificaram com o discurso de direita<sup>191</sup> adotado pelo atual presidente; que é católico e defende um modelo de família tradicional porque a vê ameaçada pelo casamento gay e pelo material escolar relativo a igualdade de gênero, cuja distribuição à população foi pretendida pelo governo do PT. O discurso político empregado é o de que estas ações serviriam para destruir a família tradicional, diante do incentivo à homossexualidade desde a infância.<sup>192</sup>

É preciso considerar, também, que esse incremento do perfil religioso da população brasileira possa justificar a aproximação do presidente da República com a bancada religiosa conservadora da Câmara dos Deputados em uma espécie de cinturão de “hipótese da afinidade conservadora”.<sup>193</sup>

<sup>189</sup> ABOIM, Sofia; VASCONCELOS, Pedro; COSTA, Carlos Gonçalves. **Para além da heteronormatividade**, p. 101.

<sup>190</sup> FONTE: Agência Câmara de Notícias. Entrevista com Ronaldo Fonseca, deputado e pastor evangélico. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/214019-reconhecimento-da-uniao-de-homossexuais-pelo-stf-divide-opinioes-na-camara/>. Acesso em: 07 nov. 2021.

<sup>191</sup> Direita e esquerda são linguagem posicional utilizada pela ciência política para referir grupos cujas posturas ideológicas divergem, sendo a direita relacionada à “aristocracia”, ao “tradicionalismo”, à “burguesia”, à “liberdade do mercado”, ao “capitalismo” e a pouca preocupação com os direitos fundamentais. Por sua vez, a esquerda estaria mais posicionada à social-democracia, à intervenção estatal na economia e a uma maior preocupação com os direitos fundamentais, individuais e coletivos.

<sup>192</sup> NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita**, p. 41.

<sup>193</sup> Para Jairo NICOLAU, essa hipótese é consistente nas proposições de que evangélicos têm posições comportamentais conservadoras, Bolsonaro se apresentou como defensor dessa moralidade conservadora comportamental, e nesse caso, em uma eleição disputada entre progressistas em oposição a conservadores, evangélicos (estendido também a católicos conservadores e sem religião conservadores) votariam em candidato conservador. E, agora os

Outros fatores que poderiam justificar uma significativa adesão da população às pautas conservadoras seriam o antipetismo, associado ao conservadorismo comportamental, a corrupção e a vinculação do próprio Partido dos Trabalhadores aos governos de Chávez e Maduro, o combate da homofobia nas escolas (“kit gay”)<sup>194</sup> e a difusão ideológica do mantra político de que o PT seria um partido de corruptos, que ameaça as famílias tradicionais e que transforma o país em uma Venezuela.<sup>195</sup>

O crescimento da direita<sup>196</sup> no Brasil a partir de 2015 seria, então, uma reação à “maré rosada”<sup>197</sup> do século XX, cujas causas, parecem ser i) a crise econômica - após um período de relativa estabilidade e crescimento, ii) a insatisfação com governos eleitos – com o sistema político vigente, iii) o crescimento da ambiência digital e a iv) reação do Estados Unidos a uma ordem crescentemente multipolar.<sup>198</sup>

Observe-se que, em 2015, ainda no governo de Dilma, por pressão conservadora do Congresso Nacional à agenda de igualdade de gênero, reuniram-se a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e a Secretaria Nacional de Direitos Humanos sob o guarda-chuva do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Com o impeachment, no governo Temer, esse Ministério é extinto e as secretarias, postas no Ministério da Justiça e da Cidadania. Em 2017, elas passaram a integrar a Secretaria Geral da Presidência e, em 2018, a Secretaria de Direitos Humanos. Já em 2019 são transferidas para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, cuja agenda é a do combate à igualdade de gênero, portanto, anti direitos humanos das mulheres. Nessa pasta o discurso político é centrado na

---

evangélicos representam grande parte do eleitorado nacional. NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita**, p. 76.

<sup>194</sup> ROCHA, Camila. **Menos Marx, mais Mises**, p. 133. Material intitulado “Escola sem homofobia” em consonância com as diretrizes da Secretaria de Direitos Humanos. Bolsonaro, em reação, passou a distribuir panfletos nas escolas do Rio de Janeiro alertando que o Ministério da Educação e grupos LGBT incentivam o homossexualismo, tornando os filhos presas fáceis para pedófilos. Ver também: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2021/10/20/verificamos-haddad-mamadeira-penis/>>.

<sup>195</sup> NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita**, p. 82.

<sup>196</sup> No texto as expressões “neoconservadorismo” e “nova direita”, partes de grupos políticos distintos, são empregadas com expressões equivalentes, porque representam uma mesma realidade.

<sup>197</sup> Empregado no sentido de ascensão das esquerdas na América do Sul. Para saber mais ver: NASCIMENTO JÚNIOR, Wanderley dos Reis. **A amplitude da Maré Rosa: uma análise das experiências de governo no Brasil, Chile e Uruguai**. Foz do Iguaçu, 2017. Unila. 2017. p. 33 a 47. Disponível em: <<https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/1694/DISSERTA%C7%C3O%20WANDERLEY%20DEPOSITADA%20OK.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

<sup>198</sup> BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro**, p. 17.



valorização da família tradicional, no respeito às religiões judaico-cristã,<sup>199</sup> na desigualdade de gênero, na conservação de valores tradicionais para reunir, ao seu entorno, a população longe de amarras ideológicas. Esse mesmo discurso é defendido nas Nações Unidas pela presidência brasileira sob a justificativa de que, em sua perspectiva, a igualdade de gênero e o aborto seriam “disfarces” de direitos sexuais e reprodutivos.<sup>200</sup>

Há na agenda do governo uma total inversão estratégica de valores em reação à política de promoção dos Direitos Fundamentais, Sociais e Humanos das mulheres. O que se vê no campo político ideológico é um aumento de pautas concretas do Executivo para restringir o acesso a direitos e alterar políticas públicas de médio prazo, em reação à doutrina de Direitos Humanos que fez incluir, expressamente, agendas de enfrentamento ao sexismo e ao racismo como componente do ciclo democrático, não sem resistências. O conservadorismo brasileiro propõe, sob as pautas familistas, que a sociedade brasileira seja governada por uma moralidade que não atende a realidade concreta da família cultural da Constituição Federal. Por isso, além de atuar em um espaço da autonomia privada do indivíduo (corpo e mente), limita direitos que lhe são assegurados: direitos de liberdade, de igualdade, de dignidade e de solidariedade.

Tanto o é verdadeiro que, alguns setores religiosos já demonstram oposição às pautas conservadoras restritivas de direitos. É o caso, por exemplo, do movimento Novas Narrativas Evangélicas que, em encontro promovido na cidade de São Paulo, se opôs ao avanço do fundamentalismo da homofobia, do machismo e da intolerância. A pretensão (de protestantes históricos: pentecostais, neopentecostais, batistas, assembleianos, metodistas, presbiterianos, adventistas e anglicanos e “desigrejados” lá reunidos) não seria a de uma nova narrativa dos fundamentos religiosos, mas a do respeito à pluralidade, o que passaria pela aceitação da diversidade sexual, na luta

---

<sup>199</sup> A tradição judaico-cristã defendida pelo atual governo seria muito mais atrelada ao sionismo cristão evangélico e judaico da direita norte-americana e a uma direita internacional ligada ao governo Trump do que pelos genuínos de cristãos evangélicos ou judeus brasileiros. Atrelada, portanto, à direita fundamentalista do Partido Republicano vinculada a Pat Robertson e Jerry Fawell Jr., ligados aos movimentos pró-família e antiaborto. ALMEIDA, Ronaldo de. **A religião de Bolsonaro: populismo e neoconservadorismo**. Em Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política. AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 422.

<sup>200</sup> BIROLI, Flávia, QUINTELA Débora Françolin. **Mulheres e direitos humanos sob a ideologia da “defesa da família”**. Em Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política. AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 345.

contra o preconceito racial e até mesmo a tolerância à divergência política dentro da igreja.<sup>201</sup> O entendimento seria o de que o discurso religioso estaria ultrapassado e falharia no ponto da inclusão (dentro e fora da igreja): social, racial, sexual ou política e também em relação a temas de relevância como meio ambiente, moradia, alimentação. Isto estigmatizaria negativamente os evangélicos como um todo.<sup>202</sup> Para esse segmento religioso a defesa seria, portanto, dos direitos fundamentais, do pertencimento a uma comunidade generosa, aberta, plural e inclusiva.<sup>203</sup>

Desse modo, embora o movimento novo conservador brasileiro se apoie na tradição familista, ela não é parte da racionalidade da sociedade contemporânea, portanto, não pode estar representado em norma. A ideia que se tem é a de que, o discurso do movimento conservador atrelado à fé, possa ser uma apropriação de pautas com finalidade política. Na década de 1960, por exemplo, questões como aborto, feminismo, identidade de gênero, homoafetividade não estavam em debate, porque não faziam parte das discussões da sociedade da época.<sup>204</sup> Além disso, a população cristã migrou de um ambiente fortemente de supremacia branca e de alta escolaridade, para um universo mais plural e periférico.<sup>205</sup> Dentro disso, pode se dizer que há, mesmo na vertente religiosa, um progressismo à esquerda<sup>206</sup> idêntico e em igual proporção à polarização política da sociedade brasileira.<sup>207</sup>

Há que se considerar que, por dentro, tanto a igreja católica quanto os cristãos subdividem-se em grupos. Há quem diga<sup>208</sup> que os neopentecostais seriam os mais conservadores e, por isso, defensores de uma moralidade tradicionalista muito mais

<sup>201</sup> FONTE: O Globo de 7 jan. 2022. **Grupo evangélico se opõe ao conservadorismo, defende diversidade sexual e cria na Igreja.** Disponível em: <<https://agoram.com.br/ultimas/grupo-evangelico-se-opoe-ao-conservadorismo-defende-diversidade-sexual-e-cria-na-igreja/>>. Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>202</sup> FONTE: O Globo de 7 jan. 2022. **Grupo evangélico se opõe ao conservadorismo.**

<sup>203</sup> FONTE: O Globo de 7 jan. 2022. **Grupo evangélico se opõe ao conservadorismo.**

<sup>204</sup> FONTE: O Globo de 7 jan. 2022. **Grupo evangélico se opõe ao conservadorismo.**

<sup>205</sup> FONTE: O Globo de 7 jan. 2022. **Grupo evangélico se opõe ao conservadorismo.**

<sup>206</sup> FONTE: Rede Brasil Atual. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/12/religiao-em-debate-evangelicos-sao-plurais-conservadorismo-e-mito/>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>207</sup> FONTE: Rede Brasil Atual. **Cresce movimento evangélico contra Bolsonaro: ‘Ele não tem ideia do que causou na base da fé cristã’.** \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2021/07/cresce-movimento-evangelico-contra-bolsonaro-ele-nao-tem-ideia-do-que-causou-na-base-da-fe-crista/>>.

<sup>208</sup> FONTE: Rede Brasil Atual. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/12/religiao-em-debate-evangelicos-sao-plurais-conservadorismo-e-mito/>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ferrenha e pragmática do que ideológica.<sup>209</sup> Enquanto outros (como a Frente Evangélica à Esquerda e as correntes Reformista e da Teoria da Libertação da Igreja Católica) seriam mais progressistas quanto aos valores da família e da formação de uma economia de mercado que dê olhar preocupado aos mais vulneráveis.<sup>210</sup> Essas teriam se aproximado da esquerda como reação ao próprio regime militar dos generais de outrora.<sup>211</sup>

Logo, a pluralidade da família é retrato da pluralidade da sociedade. A Constituição Federal não poderia traduzir outros valores que não os que emanados da construção histórica dessa mesma sociedade. Embora a moralidade tradicional conservadora possa não ser, de fato, a moralidade dominante no ano de 2022, há fortes indícios de que o padrão de moralidade da sociedade, em termos de maioria numérica da população, possa ser dentro em breve alterado.

A questão não é a de criticar as vertentes religiosas ou responsabilizá-las pelos avanços ou retrocessos em matéria de direitos fundamentais das famílias plurais. Trata-se de conduzir o leitor a ambiência moral e política na qual a família brasileira está inserida, para que possa compreender os riscos aos quais os direitos fundamentais das famílias plurais se encontram imersos. Valiosa é a observação de que a comunidade pentecostal, dentre as comunidades evangélicas, é a que mais cresce. Pesquisas apontam que de um universo de 2 milhões e 200 mil de cristãos, 600 mil são pentecostais (25%), enquanto no maior país católico do mundo menos da metade da população é católica. Prevê-se que em 2032 a população católica já será superada pela de pentecostais.<sup>212</sup> Em 16 de dezembro de 2021 tomou posse no Supremo Tribunal Federal o Ministro André Mendonça, nomeado, por quem de direito, ao argumento não de sua competência técnica ou do seu valor moral, mas por ser terrivelmente evangélico. Para Dworkin, todavia, as pessoas que “decidem casos difíceis não deveriam falar ou agir como se um ponto de vista pudesse estar certo e os outros errados”.<sup>213</sup>

<sup>209</sup> FONTE: Rede Brasil Atual. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/12/religiao-em-debate-evangelicos-sao-plurais-conservadorismo-e-mito/>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>210</sup> FONTE: MOREIRA, João Almeida. **Divisão na igreja católica brasileira explode com Bolsonaro**. Diário de Notícias. Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/divisao-na-igreja-catolica-brasileira-explode-com-bolsonaro-12486011.html>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>211</sup> FONTE: Rede Brasil Atual. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2021/12/religiao-em-debate-evangelicos-sao-plurais-conservadorismo-e-mito/>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>212</sup> FONTE: MOREIRA, João Almeida. **Divisão na igreja católica brasileira**.

<sup>213</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1994. p. 103.

É certo que o conservadorismo de outrora, como o novo conservadorismo do século XXI, são movimentos reativos aos avanços da sociedade brasileira, seja ao avanço dos liberalismos, ao avanço do comunismo ou como pontua Hirschl ao próprio constitucionalismo e a própria democracia.<sup>214</sup> Para esse autor, as religiões teriam voltado como vingança, cada uma delas por sua razão ou interesse, teria criado uma forma de extremismo e crescente desrespeito com o outro. Além disso, ao redor do mundo, teriam se associado a políticas populistas nacionalistas, extrapolando suas fronteiras e alcançando uma comunidade transnacional.<sup>215</sup> Tal como ocorre no Brasil.

As constituições, então, têm se apresentado como um anteparo para disseminação da moralidade religiosa e forma de proteção dos direitos do outro, das minorias ou dos vulneráveis. Religião e constitucionalismo colidem não quanto aos seus valores, mas quanto às suas ordens,<sup>216</sup> e também quanto às preferências políticas. A judicialização desse conflito é inevitável à proteção dos direitos que aqui se quer proteger: a igualdade de gênero, a liberdade reprodutiva, os direitos da comunidade LGBT,<sup>217</sup> enfim, direitos fundamentais da família plural. Não há como olvidar que importantes direitos (fundamentais) estão sendo preteridos. A família tradicional pretendida pelo movimento conservador é antagônica à Constituição e, por isso, representa um retrocesso cujos efeitos seriam sentidos por uma enorme gama de sujeitos. Há que haver, portanto, uma defesa intransigente dos direitos que se têm.

### 1.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: DO PATRIARCADO AO HOMESCHOOLING, A “DOCTRINAÇÃO DE GÊNERO” E A INCLUSÃO DAS MINORIAS

Conforme detalhado, o novo conservadorismo coloca-se contrário à Constituição brasileira uma vez que em oposição aos valores sociais dominantes por ela eleitos como fundamentais.<sup>218</sup> O caso é que ela, a Constituição, inovou ao igualar os direitos e os deveres familiares, admitindo outras formas de família que não as decorrentes do casamento civil ou atrelada a opção sexual dos sujeitos, pluralizando

<sup>214</sup> HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. **Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism.** The University of Chicago Law Review. p. 425.

<sup>215</sup> HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. **Competing Orders?**, p. 426.

<sup>216</sup> Para Ran Hirschl isso faz das religiões uma perigosa concorrente para o constitucionalismo moderno. (HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. **Competing Orders?** p. 427.)

<sup>217</sup> HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. **Competing Orders?**, p. 425.

<sup>218</sup> FLOREZ-VALDÉS, Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional.** Madrid: Civitas, 1990. p. 13.

as entidades familiares. A igualdade perante a lei deveria, então, alcançar a todos. A contrario sensu, a inclusão das pautas familistas sob o guarda-chuva do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos demonstra uma redefinição de sentidos das agendas: mulheres, juventude e direitos humanos, cujos direitos passam a ser vistos agora sob uma perspectiva de fortalecimento da família (tradicional) e dos vínculos familiares, deslocando a mulher das abordagens de gênero. A família passa a ser vista, então, não sob as lentes da Constituição brasileira, mas de forma transversal pelo atual governo e é o gatilho do novo conservadorismo tradicionalista e antipluralista.<sup>219</sup>

Muitas das pautas dos conservadores têm como propósito reagir contra o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 de 2011, no qual o STF reconheceu,<sup>220</sup> em votação unânime, o direito à união estável aos casais homoafetivos. O que acabou sendo regulamentado, mais adiante, pela Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça,<sup>221</sup> a permitir a compreensão de que:

[...] não deve ser considerado como óbice para o seu amplo reconhecimento, pois cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de adequar a norma ao fato social, o que vem ocorrendo. Confirmada a premissa de inclusão, todas as regras pessoais e patrimoniais do casamento entre pessoas de sexos distintos incidem para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>222</sup>

A decisão dada historicamente pelo Tribunal recebeu intensa crítica de diversos setores da sociedade civil. Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas de 14 a 20 de julho de 2011 revelou que embora concordassem com o resultado da decisão judicial, 40% dos entrevistados entendeu que a decisão deveria ser dada por

<sup>219</sup> BIROLI, Flávia, QUINTELA Débora Françolin. **Mulheres e direitos humanos sob a ideologia da “defesa da família”**. Em: **Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política**. AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 347. Para essas autoras, a Secretaria Nacional da Família do governo teria a finalidade de estruturar todas as políticas públicas familiares. Onde o objetivo do governo é o de criação de uma teia de apoio ao fortalecimento da família tradicionalmente compreendida. A atuação se dá por meio de programas afirmativos tais como: “Reconecte-se”; “Famílias Fortes”; “Equilíbrio trabalho-família”; “Selo da Empresa Amiga da Família”; “Selo Município Amigo da Família” e “observatório Nacional da Família”, esse com fins acadêmico, todos com o escopo de confirmar a concepção ideológica conservadora do governo de hoje.

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4277**. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>221</sup> FONTE: CNJ - <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>.

<sup>222</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 50.

Consulta Popular ou Plebiscito e não pelo STF.<sup>223</sup> Além disso, o IBOPE revelou que 55% dos brasileiros eram contrários à essa decisão. Juízes e cartórios de todo o país recusaram-se a cumpri-la.<sup>224</sup> O Partido Social Cristão (PSC) achou por bem arguir a sua constitucionalidade na ADI nº 4966.<sup>225</sup> Tais reações indicam a prevalência de uma mentalidade conservadora e reacionária que se faz cada vez mais presente na sociedade brasileira.<sup>226</sup>

Para os novos conservadores, a lei dos homens e a lei de Deus não permitem a família (plural) homoafetiva, porém, esquecem que a Constituição é um construto de valores e não apenas de regras escritas. Reações como essas podem ser equiparadas ao *backlash*<sup>227</sup> do direito americano e indicam um retrocesso de pensamento em relação aos direitos já adquiridos. Nesse sentido, quer parecer que cabe ao Poder Judiciário a garantia dos direitos fundamentais, o que pode ser alcançado através da interpretação dos valores constitucionais de forma atrelada não apenas a história da sociedade presente nos julgamentos anteriores, mas como uma árvore viva<sup>228</sup> que se oxigena cotidianamente, com vistas a atender e pacificar a sociedade de hoje e aquela que virá amanhã, tal qual ocorrera no próprio caso em debate. E ainda que não conforme a todos, a legitimidade do Judiciário está na racionalidade<sup>229</sup> de sua argumentação.<sup>230</sup>

<sup>223</sup> FONTE: FGV – Fundação Getúlio Vargas. Pesquisa: Decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://diretorio.fgv.br/files/Pesquisa\\_STF\\_Opiniao\\_publica.pdf](http://diretorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_publica.pdf)>. Acesso em: 8 dez. 2021.

<sup>224</sup> FONTE: Gazeta. Disponível em: <<https://gazeta.com.br/es/norte/juizes-de-pancas-se-negam-a-celebrar-casamento-homoafetivo-e-mp-intervem-02.20>>. E <[portaldori.com.br/2013/06/cnj-alerta-para-sanções-acartórios-sobre-realização-de-casamento-gay](http://portaldori.com.br/2013/06/cnj-alerta-para-sanções-acartórios-sobre-realização-de-casamento-gay)>. Acesso em: 8 dez. 2021.

<sup>225</sup> STF. **ADI 4966**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acesso em: 8 dez. 2021.

<sup>226</sup> FONTE: O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/pesquisa-do-ibope-mostra-que-55-dos-brasileiros-sao-contra-uniao-estavel-entre-homossexuais-2710039>. Acesso em: 8 dez. 2021.

<sup>227</sup> BACKLASH é termo originário do caso Roe vs Wade. Quando parte da sociedade americana reagiu por meio dos grupos pró-vida para a derrubada da decisão, tida por ativista, da Suprema Corte americana.

<sup>228</sup> WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: an idiot responds**. Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Citado: (2005) 18 cân. J.L. & Juris.p. 207-247.

<sup>229</sup> Para André Rufino do VALE a legitimidade estaria não apenas na racionalidade dos argumentos, mas na aceitação da racionalidade da argumentação, que é desenvolvida interpretativamente pelo judiciário.

<sup>230</sup> “...as Cortes Constitucionais não representam exatamente as pessoas, mas os discursos que são produzidos nas sociedades democráticas contemporâneas (que não podem ser atrelados a pessoas, grupos, instituições específicas), o que faz dessa representação democrática uma espécie de *representação discursiva* ou *argumentativa*. Nesse contexto, a tarefa primordial das Cortes Constitucionais é a de produzir discursos que sejam representativos daqueles que ecoam na comunidade, tomando decisões baseadas em argumentos que sejam reconhecidos como razoáveis ou plausíveis e que, dessa forma, sejam amplamente aceitos como legitimamente capazes de justificar essas decisões. Quando as Cortes Constitucionais, pela via da argumentação

Os fatos da vida se modificam constantemente e os conceitos abertos e os valores constitucionais devem permear todo o direito, sendo assim, a decisão dada na ADPF nº 4277 se coaduna com uma leitura coerente da concretude da vida contemporânea em cotejo com os valores da Constituição. Essa leitura coerente e íntegra da Constituição trouxe para dentro do sistema jurídico famílias que já existiam faticamente, mas estavam à margem do sistema.<sup>231</sup>

Outro tema que tem especial relevo para a pauta conservadora é o *homeschooling*,<sup>232</sup> cuja defesa foi favorecida pela pandemia em momentos de lockdown e de escolas fechadas. O *homeschooling*, bastante conhecido no contexto americano, é um tipo de ensino que dá o protagonismo da educação dos filhos aos pais, permitindo que concedam diretamente o ensino necessário aos filhos e não através de uma instituição de ensino ou de professores habilitados. Para além disso, é uma forma de reforçar o papel da família tradicional, em reação à ideologia de gênero supostamente praticada nos mais diversos ambientes escolares.

Para o Ministério da Família o *homeschooling* seria um direito humano, enunciado na Constituição e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em consonância com campanhas religiosas conservadoras em diferentes países da

---

e da deliberação, proferem discursos sobre a efetiva proteção dos direitos, princípios e valores da Constituição, e dessa forma assumem sua condição institucional de relevantes órgãos de salvaguarda da ordem constitucional e democrática (e aqui se verifica a presença do “*trusteeship*”), suas decisões (ou os argumentos que a ela subjazem) podem obter ampla ressonância na comunidade e, desse modo, produzir uma representação democrática. Indispensável é que os cidadãos ou a comunidade como um todo possam identificar-se com os discursos produzidos pela Corte Constitucional, reconhecendo-os como seus próprios discursos, representativos de seus anseios e de suas reivindicações pela efetivação de seus direitos.” VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo. Almedina, 2019. p. 79-80.

<sup>231</sup> Note-se que a doutrina da época da promulgação da Constituição apontava a “passagem da família patriarcal à família nuclear” como fruto de “profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (revolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina)” e sinalizava para a abertura da valorização das funções afetivas da família, que se fazia constituinte de uma “comunidade de afecto e entre-ajuda.” A concepção de família eudemonistas, privilegiada pela Constituição, “progride à medida que ela (família) regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais. (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família (direito matrimonial)**. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre. 1990. p. 10-11.)

<sup>232</sup> A partir do verbete *homeschooling* foram encontrados no âmbito do STF oito acórdãos, que foram julgados desde 2000 até 2018. São eles em ordem cronológica crescente: MI 609 AgR ; RE 556385 RG; RE 565506 RG; RE 568657 RG; RE 566198 RG; MI 605; RE 888815 RG e o RE 888815. Entretanto, apenas o RE 888815 versa efetivamente sobre a possibilidade de ensino domiciliar, ministrado pela família como lícito cumprimento do dever de educação insculpido no artigo 205 do texto constitucional, de modo que é sobre ela a análise que se seguirá. Com repercussão geral reconhecida, por maioria, o STF negou provimento ao recurso.

América Latina como, por exemplo, o Peru, Colômbia, Costa Rica, Equador e México, que se manifestam através do slogan: “*A mis Hijos Los Educo Yo*”.<sup>233</sup> Obviamente, ao defender-se a educação doméstica dos filhos, esse movimento impacta na responsabilização das mães pela educação dos filhos e as faz retroceder à posição do lar.

No Brasil o *homeschooling* ainda não está regulamentado, embora já esteja em franca tramitação legislativa. Contudo, o tema já foi levado aos tribunais pátrios. A Corte constitucional brasileira, ao tratar do tema no RE 888815, em sede de repercussão geral, entendeu, em mandado de segurança (no qual se perseguia o direito de uma menina de onze anos estudar em casa, contrariando decisão da Secretaria Municipal de Educação) que, para julgar a matéria, dependeria-se de legislação própria que a regulamentasse, decidindo por negar o recurso, por maioria de votos. Dos votos do julgado se percebe que, para alguns julgadores essa omissão legislativa não poderia frustrar um direito de liberdade de escolha, de liberdade de um ensino melhor ou de um ambiente de aprendizagem menos hostil. Outros, por sua vez, entendem que há uma inconstitucionalidade do *homeschooling*. Na verdade, o Tribunal estadual já havia firmado entendimento processual de que, em razão da inexistência de previsão legal para o ensino domiciliar, estaria ausente o direito líquido e certo a um sistema de educação domiciliar.

Aparentemente, o caso constitucional versava sobre a justa medida entre a autonomia privada e a imposição estatal, sobre o exercício da cidadania e a preparação para o trabalho digno, a interpretação e o alcance das normas constitucionais que preveem liberdade de ensino e pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e sobre a possibilidade de redução de gastos públicos com educação. Todavia, a questão constitucional primordial trazida ao debate pelo julgado é acerca dos limites da liberdade dos pais na promoção da educação dos filhos. Podem fazê-lo segundo suas próprias convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas? Qual a resposta certa para a proteção dos direitos fundamentais à educação e a cidadania?

---

<sup>233</sup> BIROLI, Flávia, QUINTELA Débora Françolin. **Mulheres e direitos humanos sob a ideologia da “defesa da família”**. Em Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política. AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 354.



É certo que a Constituição não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer espécie de ensino que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado na formação educacional dos jovens e crianças. Assim, tratando mais abstratamente das situações concretas e entendendo que caberia ao ente legislativo a criação de Lei Federal, sob um ponto de vista, poderia se afirmar por uma deferência do Poder Judiciário ao legislativo.

Importa esclarecer que, vencido o Relator Ministro Barroso, cujo entendimento se acentava na consideração de que i) a Constituição (artigos 206, 227 e 229) em associação com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (internalizado no Brasil e na resolução da ONU através da Declaração Universal dos Direitos Humanos) não veda a liberdade de escolha dos pais,<sup>234</sup> que ii) pesquisas internacionais indicam um efetivo crescimento do ensino domiciliar ao redor do mundo, em especial em países desenvolvidos, e, iii) que há a tramitação do Projeto de Lei nº 3179 de 2012 a regulamentar o ensino domiciliar, permitindo-o, foi o de que, uma educação religiosa ou moral de acordo com as convicções dos pais somente poderia ser prestada em ambiente escolar domiciliar. No entanto, para a maioria do colegiado não seria essa a melhor interpretação para o caso concreto. Sobreveio, então, o voto divergente da lavra do Ministro Alexandre de Moraes para quem a formação formal, pedagógica, acadêmica, moral, espiritual e de cidadania é um dever solidário dos pais e do Estado que, em cooperação, atuarão para a plena eficácia do direito fundamental à educação, pois, somente estados totalitários podem pretender o afastamento da família na formação dos seus entes. Para ele, dentro de um viés democrático e de proteção da criança e do adolescente essa solidariedade traria um duplo referencial: a defesa dos direitos das crianças e adolescentes e a sua formação em cidadania. Desse modo, à luz da Constituição (artigo 210), seguindo esse raciocínio, seria válido o ensino prescrito pelo núcleo básico de educação definido por lei e seria imprescindível a convivência familiar e comunitária (art 227), de modo que o *homeschooling*, na modalidade utilitarista ou por “conveniência circunstancial”, por questões religiosas, de *bullying*, exposição a drogas ou violência, poderia ser admitido. No entanto, para a maioria do colegiado, inexistente previsão constitucional expressa ou autoaplicável. Portanto, o *homeschooling* somente seria possível pela criação por Lei Federal sendo esse o entendimento majoritário da Corte.

---

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 888.815/ 2018. Acesso em: 22 dez. 2021.

Para essa maioria, por isonomia, assim como o Estado não possa afastar a família da solidariedade pela formação formal, não caberia a família excluir o Estado. Ainda, entenderam que a modalidade domiciliar privada ou comunitária dependeria de regulamentação legal. A decisão, de argumento fundamental majoritário, não poderia ser identificada como ativista. Pelo contrário, dada pela literalidade do texto escrito e considerando a sua eficácia, se mostra atrelada ao formalismo jurídico e ao positivismo estrutural. Nela, a questão de ser o *homeschooling* uma preferência das famílias religiosas (ou pauta moral defendida pelo executivo) em oposição à liberdade, a igual cidadania passou à margem, muito mais em argumentos de convencimento do que em matéria de necessária fundamentação de mérito. De modo que direitos fundamentais foram desprestigiados, enquanto que, o formalismo jurídico restou fortalecido. Em voto dissidente, no entanto, mais atento a uma leitura moral da Constituição o Ministro Fachin apontou entendimento que vivifica um sistema jurídico mais íntegro e coerente porque reconhece que o “Estado tem o dever de garantir o pluralismo de concepções pedagógicas e, sendo o ensino domiciliar um método de ensino, poderia ser escolhido pelos pais como forma de garantir a educação dos filhos”. A prevalência de um sistema jurídico de respeito à liberdade e a igualdade que não aceita o domínio estatal na esfera da autonomia privada.

A judicialização do tema, por sua vez, reflete o avançar de uma concepção moral religiosa que pretende, ao fim e ao cabo, sufocar o direito à alteridade.<sup>235</sup> A questão do *homeschooling* é controversa e afeta a tríade Família, Estado e Sociedade, circunda os direitos de liberdade individual em contraposição ao direito à educação e a primazia do melhor interesse da criança (todos direitos fundamentais). Então, o entendimento dado ao caso pelo STF poderia vir a representar uma positivação do ensino domiciliar, como modelo prevalente eventual do Estado, cabendo aos pais, nessa circunstância, somente o cumprimento das diretrizes curriculares atuais e futuras.

---

<sup>235</sup> Do voto do Ministro Fachin extrai-se que: “Como, aliás, reconheceu o Tribunal na ADI 5.357, da minha Relatoria, esse direito ao pluralismo é comum a todos. Todos têm o direito de conviver com as diferenças. Tornamo-nos mais humanos assim. A capacidade de surpreender-se com, na e pela alteridade, muito mais do que mera manifestação de empatia, constitui elemento essencial para um desarmado – e verdadeiro – debate democrático. Como leciona Luiz Alberto David Araújo, “conviver com a diferença não é direito dos diferentes apenas; é direito nosso, da maioria, de poder conviver com a minoria; e aprender a desenvolver tolerância e acolhimento” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Painel sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência no Brasil: A Aparente Insuficiência da Constituição e uma Tentativa de Diagnóstico**. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 510).

Assusta pensar na edição de norma federal desatralada da moralidade da comunidade e que, por isso, possa representar uma maioria conservadora, que legisle em causa própria, pelo afastamento de jovens e adolescentes da pluralidade dos conceitos da vida, da pluralidade dos conceitos de família. De mesmo modo, assusta uma formação escolar privada, pública ou comunitária que se apresente em consonância com a ideologia e a concepção política da maioria circunstancial representada no governo da vez.

Há, no debate sobre o *homescholling* uma ideia subliminar de que as crianças estariam mais expostas por políticas de respeito à diversidade sexual, ao passo que uma limitação destes conteúdos no ambiente doméstico ofereceria alguma forma de proteção às crianças, como se estivessem mais seguras nestes ambientes. Ao contrário, pesquisas antigas e recentes revelam uma realidade familiar de violência às mulheres e às crianças. É no lar que as mais severas violações de direitos fundamentais ocorrem.<sup>236</sup>

No Ministério da Educação prevalece o slogan: “Família educa, escola transmite conhecimentos”. A missão da direita religiosa alçada ao Executivo é evitar e limitar a laicidade da escola. Nesse ponto, educação de gênero e sexualidade são temas mais relevantes do que, por exemplo, o criacionismo e o ensino religioso nas escolas públicas. A intenção do novo conservadorismo é, com isso, fazer avançar o modelo de família tradicional como fonte para a moralidade pública. Por orientação do Executivo, a temática da família deve perpassar por todos os ministérios, construindo um discurso político-moral unificado. Na Educação, os limites entre família e escola; nas Relações Exteriores, a retirada da palavra gênero dos documentos internacionais; na CAPES, órgão do Ministério da Ciência, Tecnologia e inovações, o lançamento recente de edital envolvendo bolsas de mestrado e doutorado para pesquisas sobre a família no Brasil.<sup>237</sup>

É nesse espaço político que gênero, sexualidade, casamento gay, adoção por casais homoafetivos, inseminação artificial autônoma e heterônoma, aborto, autonomia e liberdade sobre o próprio corpo, comportamentos e construção de

<sup>236</sup> Para saber mais veja: BIROLI, Flávia, QUINTELA Débora Françolin. **Mulheres e direitos humanos sob a ideologia da “defesa da família”**. Em Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política. AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 356.

<sup>237</sup> ALMEIDA, Ronaldo de. **A religião de Bolsonaro: populismo e neoconservadorismo**. Em: Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política. AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021. p. 421.

vínculos de afeto são tratados. Contudo, a família tradicional atuaria nesse espaço para produzir novos sujeitos de direito e de políticas públicas, como o feto, a mulher vítima de violência doméstica, a iniciação sexual depois da adolescência. Se no governo anterior a família era pensada como unidade econômica, no atual governo é uma unidade moral. A ação governamental não é somente pela contenção de conteúdos universais e seculares da escola pública laica, mas pela expansão dos valores da família tradicional como modelo de moralidade para a formação das crianças e adolescentes.<sup>238</sup>

Outro tema relevante para a direita nova conservadora é a igualdade de gênero.<sup>239</sup> Na ADPF 457/2020, em Plenário Virtual, à unanimidade, entendeu-se inconstitucional a Lei Municipal nº 1516/2015 de Novo Gama, ao argumento de que a Lei, ao pretender proibir a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais, não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero. Nesse caso o Relator destacou que a democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado: na soberania popular, no Estado de Direito da supremacia às normas constitucionais editadas pelo poder constituinte originário, no respeito aos direitos fundamentais e no controle judicial do Poder Estatal, não apenas para a proteção da maioria, mas para a proteção dos direitos da minoria. De sorte que a legitimidade material da Suprema Corte reside na própria necessidade de efetivação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, controlando os abusos de poder do Estado, a fim de consagrar direitos e liberdades. Pois, inexistente democracia sem a efetivação dos direitos fundamentais. É ponto fundamental da Corte Constitucional a defesa dos valores constitucionais

---

<sup>238</sup> ALMEIDA, Ronaldo de. **A religião de Bolsonaro**, p. 421.

<sup>239</sup> Pelo verbete educação de gênero, encontram-se no ambiente jurisprudencial do STF vinte e dois acórdãos, dos quais dezoito foram apreciados pelo tribunal pleno e constituíram o primeiro filtro metodológico, já que postos a deliberação colegiada e, assim, as decisões refletem uma *ratio decidendi* do Tribunal, não uma opinião isolada de qualquer dos ministros. Em novo filtro, buscou-se pela concomitância das palavras gênero e educação na indexação ou observação dos julgados. Restaram, sob essa ótica, oito julgados. Distribuídos em ADI's e ADPF's, os mais antigos, dois deles datam do ano de 2011 e os demais são todos de 2020. Nenhum deles ensejou tratamento do tema em sede de repercussão geral. São eles, dos mais antigos para os mais novos, ADI 4277/2011, ADPF 132/2011, ADPF 457/2020, ADPF 526/2020, ADI 5543/2020, ADPF 467/2020, ADPF 460/2020 e ADPF 461/2020. Quanto a ADI 4277 e a ADPF 132 como se viu, versam sobre o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, não especificamente sobre a educação de gênero ou doutrinação de gênero, foram intencionalmente excluídas da análise do que está por vir.

básicos.<sup>240</sup> Contudo, é preciso compreender a essência do sistema constitucional, a leitura moral da Constituição, para reconhecer a sujeição de todos não apenas às leis, mas aos princípios constitucionais de moralidade política de uma comunidade.<sup>241</sup> É que os princípios atinentes à liberdade, conforme preceitua a Constituição, “não se direcionam apenas a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas eventualmente não compartilhadas pelas maiorias”.<sup>242</sup>

A discussão jurídica desse tema veio à tona a partir do momento em que movimentos conservadores e reacionários da sociedade civil<sup>243</sup> iniciaram uma campanha de perseguição e eliminação dos estudos sobre gênero do currículo escolar. Além de promover um movimento de perseguição à professoras e professores que, em atenção à alteridade, trazem o tema “gênero” para dentro da sala de aula. No espectro conservador não haveria igualdade e liberdade a ser reconhecida. Sob essa ótica, a normatividade é a da sobreposição da maioria em relação aos direitos da minoria. A questão vai além da judicialização da política e alcança o tratamento do direito a partir de um viés moral, que se pretende seja dominante.

No caso em debate, no entanto, a leitura moral da Constituição não é encontrada na tradução da moralidade do julgador, mas uma que seja, de fato, construída interpretativamente pela Corte Constitucional porque educação é também um preparo para a cidadania e para o trabalho e garanti-la nada mais é que dar eficácia ao princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento plural de ideias e concepções, fomentando o desenvolvimento da sociedade.

Tal qual na ADI nº 4277, o julgado em comento se deu em homenagem ao pluralismo enquanto valor sócio-político-cultural e a liberdade como vetor

---

<sup>240</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 547**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>. Acesso em: 27 dez. 2021. p. 13.

<sup>241</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 9.

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 547**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>. Acesso em: 27 dez. 2021. p. 2.

<sup>243</sup> O movimento Escola Sem Partido entende a doutrinação de gênero como violação à liberdade de aprender e identifica na neutralidade ideológica uma limitação ao desenvolvimento do pensamento crítico dos alunos. FONTE: <http://www.escolasempartido.org/>. Acesso em: 27 dez. 2021.

fundamental, reconhecendo que a identidade de gênero é premissa da dignidade humana, cabendo ao estado efetivá-la e não a negar.

A decisão, admitida à unanimidade, na esteira dos precedentes das ADFP nº 526, ADFP nº 467 e ADFP nº 600, nega eficácia a norma municipal que vedava a referência ao conceito ou a ideologia de gênero<sup>244</sup> conforme determinado pelos Princípios de Yogyakarta.<sup>245</sup> É que tais leis, por desobservar os valores e os princípios constitucionais, acabam por impedir a efetividade dos direitos de identidade e de personalidade.

Outro tema a ser considerado, é o que vai na ADI 5543 que tratou da doação de sangue por grupos supostamente de risco em razão da sua orientação sexual,<sup>246</sup> embora não trate da escolarização de gênero, nela houve a compreensão da Corte constitucional de que a alteridade é fundamental em um Estado Democrático de Direito. É ela que assegura a impossibilidade de discriminação em função da orientação sexual, como corolário da dignidade da pessoa humana. De modo que, uma teoria decisória que se proponha a tratar a todos com igual consideração e respeito deve partir de uma interpretação igualitarista do direito; do direito que caminha no sentido da justiça social e da transformação da sociedade em uma comunidade melhor.

Das ADFP 460, de relatoria do Ministro Luiz Fux<sup>247</sup> e ADFP 461, do Ministro Roberto Barroso<sup>248</sup> percebe-se que há um respeito da Corte Constitucional pelo desenvolvimento do direito a partir dos seus precedentes que, de regra, traduziriam uma moralidade histórica da comunidade, sobre elevando os princípios e os valores

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 526**. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445537>>. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 467**. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753189469>>. E, BRASIL Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 600** \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753837225>>.

<sup>245</sup> A Corte Interamericana, assentou que a identidade de gênero: “também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada. Yogyakarta é um documento apresentado pelo Conselho de Segurança da ONU para diretrizes internas. Para mais, a este respeito, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 547**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>.

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF. ADI. Nº 5543**. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>.

<sup>247</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 460**. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445537>>.

<sup>248</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. nº 461**. \_\_\_\_\_ Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432151/false>>.

constitucionais. Denotando que, para a efetivação dos valores constitucionais importa o reconhecimento de que uma reação ao gênero, nos espaços políticos institucionais, compromete a democracia porque viola os valores de pluralidade, laicidade, proteção das minorias, direito à livre expressão e à oposição. Além disso, serve para legitimar lideranças autoritárias. A defesa da família tradicional tem servido para justificar restrições a direitos, naturalizado desigualdades e desconstruído leis editadas para a proteção das mulheres e da comunidade LGBT.<sup>249</sup>

Veja-se, por exemplo, que a partir de 2020 entrou em vigor a Base Nacional Comum Curricular (BNCC),<sup>250</sup> documento que orienta o currículo nacional por meio de uma base comum de aprendizagens, conhecimentos, competências e habilidades a serem desenvolvidas em cada etapa do processo educacional. Nele, ao contrário de tanto quanto até aqui foi dito, não se verifica nenhuma promoção da igualdade de gênero. Pesquisas indicam, antagonicamente, que apenas 42% das famílias brasileiras representam o modelo de “família tradicional” constituída por pai, mãe e filhos.<sup>251</sup> Evidenciando, a toda a vista, que o novo conservadorismo, através de um discurso populista e de funcionalização da família, pretende reduzir o espaço da pluralidade para fazer caber no contexto de uma ideologia fundamentalista.

Nesse sentido, políticas ancoradas na defesa da maioria e das tradições judaico-cristãs promovem retrocessos que diminuem a participação e a influência dos grupos que atuam na defesa dos direitos humanos, estigmatizando-os.<sup>252</sup> Estão em risco os fundamentos da democracia e do Estado de Direito.<sup>253</sup> Cabe, então, ao Poder Judiciário, na sua função contramajoritária, a proteção e o resguardo dos direitos historicamente conquistados. É nesse sentido, da garantia e da plena efetividade dos Direitos Fundamentais das famílias plurais (ou não) que este estudo se desenvolve.

Feitas as considerações e tomando-se por base que é crescente a judicialização destes e de tantos outros temas sociais (e de efeitos sociais) de relevo que tem ficado ao encargo das Cortes Constitucionais o enfrentamento de temas de

<sup>249</sup> BIROLI, Flávia. **Gênero, neoconservadorismo e democracia**, p. 137.

<sup>250</sup> FONTE: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>. Acesso em: 27 dez. 2021. Documento que regulamenta o currículo nacional por meio de uma base comum de aprendizagens, conhecimentos, competências e habilidades a serem desenvolvidas em cada etapa do processo educacional.

<sup>251</sup> Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). Disponível em: <[http://www.sei.ba.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2199&Itemid=458](http://www.sei.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2199&Itemid=458)>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>252</sup> BIROLI, Flávia. **Gênero, neoconservadorismo e democracia**, p. 190.

<sup>253</sup> BIROLI, Flávia. **Gênero, neoconservadorismo e democracia**, p.137.

moralidade política à luz dos valores e dos princípios Constitucionais. A atuação da Corte significa, portanto, obstáculo para o avançar do movimento conservador, como também assegura às minorias a efetivação dos seus direitos.



## 2 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, LIBERDADE E DIGNIDADE: O DIREITO PLURAL

### 2.1 AS FAMÍLIAS COMO FATO CULTURAL, HÉRCULES E HERMES(NÊUTICA) JURÍDICA DE PRINCÍPIOS: O CONTEXTO DA REGRA NÃO ESCRITA

O novo conservadorismo brasileiro, alicerçado pelo liberalismo econômico, pelos movimentos religiosos e por forte adesão à ditadura militar, em oposição ao “lulismo”<sup>254</sup> e aos avanços das pautas feministas e LGBT, trouxeram o conceito contemporâneo de família para o centro do debate político atual.

A família tradicional vista sob as lentes ideológicas dos conservadores e reacionários entende o papel da mulher com um modelo de feminilidade de mãe, dona de casa, esposa, ameaçada pelo avanço do comunismo,<sup>255</sup> o que é avesso do modelo construído historicamente pela sociedade, refletido explícita e implicitamente na Constituição, que assegura à mulher e ao homem<sup>256</sup> a liberdade de escolhas; a igualdade de gêneros,<sup>257</sup> a autonomia sobre o próprio corpo e o direito de pertencimento a uma sociedade plural, pautada pelos valores da dignidade humana. Dicotomia que pode ser vista de um lado pela dimensão dos direitos de cidadania e de outro um espaço de autonomia individual apolítico que caberia à personalidade

<sup>254</sup> ROCHA, Camila. **Menos Marx, mais Mises**, p. 89. Para a autora, lulismo seria um movimento político no qual o ex-presidente Lula, em que pese o seu descrédito ético e moral, realizaria uma arbitragem do conflito social e político combinando medidas que beneficiariam pobres, por meio de políticas públicas e o grande capital, pela manutenção de políticas econômicas ortodoxas. Ideologicamente: a adesão à figura de Lula seria mais forte que a sua aprovação ao governo de turno.

<sup>255</sup> ROCHA, Camila. **Menos Marx, mais Mises** p. 174.

<sup>256</sup> O modelo masculino tradicional é desestabilizado pelo feminismo e provoca a necessidade de sua revisão “longe de ser pensada como absoluta, a masculinidade, atributo do homem, é relativa e reativa. Tanto que, quando a feminilidade muda - em geral, quando as mulheres querem redefinir sua identidade - a masculinidade se desestabiliza”. (BANDITER Elizabeth. **XY - Sobre a identidade masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1993. p. 11.)

<sup>257</sup> Gênero é, para o desenvolvimento deste trabalho, uma construção social. Pode-se falar de dois significados de gênero: “o primeiro uso acredita que a identidade de gênero e os elementos que compõem homens e mulheres se constituem como fixos e, como tais, não sofrem variações, independente do papel social de gênero que a pessoa exerce. O segundo acredita que a identidade de gênero é afetada por uma variedade de estruturas sociais, incluindo etnicidade, trabalho, religião, família, cultura e educação”. (LUZ, Milton Pereira. **Educação e gênero: a re-significação da masculinidade**. Dissertação. Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, Mestrado em educação, 2009. p. 18. Para SCOTT, gênero é um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos e também um modo primordial de dar significado às relações de poder. A política constrói o gênero e o gênero constrói a política. Nesse ponto, para a autora, a política é um dos domínios nos quais o gênero pode ser utilizado para a análise histórica. Para ela é um meio recorrente de, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas, dar significação e eficácia de poder. (SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade, 1995. p. 71-99. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>>. Acesso em: 09 jan. 2022.

humana. Neste último, a não intervenção do Estado<sup>258</sup> (ou de sua moralidade) seria uma premissa.<sup>259</sup> De um lado, a Constituição Federal de amplo rol de direitos e conceitos abstratos e, de outro, a legislação civil ainda em um contexto de exclusão da igualdade e da liberdade das mulheres e das minorias não convencionais, onde apenas alguns podem ser sujeitos de direitos. A teoria feminista, por sua vez, tem por essência desconstruir essa lógica da subordinação da mulher à autoridade masculina e busca uma efetiva afirmação da sua igualdade e da sua liberdade.<sup>260</sup>

Para Rawls - embora a realidade seja bastante diversa,<sup>261</sup> a concepção ideal de família é a de um espaço de altruísmo, onde o agir dos seus membros seja pautado não pela obtenção de vantagens individuais, mas pelo desejo que esses ganhos beneficiem a todos.<sup>262</sup> Nesse mesmo sentido é o conceito de família de Perlingieri, para quem a família como formação social é sociedade natural, assegurada pela

---

<sup>258</sup> “A intervenção do juiz na vida da família, quando alcança relações essenciais, fere a autonomia do grupo, descredita o seu valor comunitário, ..., burocratiza uma relação que se reencontra numa dimensão que a dispensa. Abrindo uma brecha na intimidade doméstica parece ser, no entanto, uma prática necessária no processo de politização da família, especialmente em relação ao seu governo, que, de monocrático, passou a ser diárquico. Outra alternativa não se tem para a solução dos conflitos de interesses quando a família deixou de ser uma unidade para se tornar uma pluralidade de convivência” GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 74.

<sup>259</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **Hércules, Hermes e a pequena sereia; uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subapresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do poder judiciário**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. p. 877-910.

<sup>260</sup> BIROLI, Flávia. **Teorias feministas da política, empiria e normatividade**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-173210/102>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

<sup>261</sup> A concretude dos fatos indica que não é esse o espaço real da família. Dados do Relatório da ONU indicam que aproximadamente 1/3 das mulheres no mundo sofreram violência física ou sexual de seus parceiros. Indica ainda que mais da metade dos homicídios ocorridos em ambiente doméstico tiveram mulheres como vítimas. E, ao redor do mundo, mulheres trabalham mais horas que homens, têm piores salários e nenhuma igualdade de oportunidade laboral, situação ainda mais precarizada com a pandemia do Coronavírus. Ainda hoje, se busca a legitimação da norma. A figura da mulher é, no ambiente das instituições políticas e no espaço da família, um estereótipo. De acordo com o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), um estereótipo de gênero “é uma opinião ou um preconceito generalizado sobre atributos ou características que homens e mulheres possuem ou deveriam possuir ou das funções sociais que ambos desempenham ou deveriam desempenhar”. Logo, um estereótipo de gênero limita a capacidade de desenvolvimento, de planejamento, de cidadania de homens e mulheres. Portanto, os princípios e os valores da Constituição servem como trunfos que se tem e que deveriam ser efetivos para todos, conformando a pluralidade e a alteridade da sociedade.

<sup>262</sup> “[...]The family, in its ideal conception and often in practice, is one place where the principle of maximizing the sum of advantages is rejected. Members of a family commonly do not wish to gain unless they can do so in ways that further the interests of the rest. Now wanting to act on the difference principle has precisely this consequence. Those better circumstanced are willing to have their greater advantages only under a scheme in which this works out for the benefit of the less fortunate. The ideal of fraternity is sometimes thought to involve ties of sentiment and feeling which it is unrealistic to expect between members of the wider society. And this is surely a further reason for its relative neglect in democratic theory”. (RAWLS, John. **A theory of justice**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 1999. p. 90-91.)

Constituição Federal, não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas como função da realização das exigências humanas, lugar onde se desenvolvem as pessoas.<sup>263</sup> A Constituição brasileira<sup>264</sup> segue essa compreensão do direito, elevando o sujeito à centralidade do ordenamento jurídico, trazendo para dentro da norma a existência humana, bem jurídico até aqui não tutelado.

Não se sabe bem a partir de que dado momento histórico as civilizações passaram a conviver como um grupo familiar. Sabe-se que inicialmente o fizeram como forma de preservação da espécie. A família na travessia do tempo e do espaço, quanto a sua formação, sofreu desenvolvimento social que perpassa pela distinção sexual, o matriarcado, o patriarcado, a formação em clãs e as tribos.<sup>265</sup> Não há, porém, dados genuínos que confirmem essa tese evolucionista, no sentido de que todos esses estágios tenham sido cumpridos pelas sociedades primitivas,<sup>266</sup> e, embora não seja objeto deste estudo traçar um panorama evolucionista da família, pode-se dizer que há indícios de que ela tenha se formado como um fato cultural e não como um fato natural.<sup>267</sup>

O conceito de família natural, informado pelo Direito Romano, de prevalência do patriarcalismo,<sup>268</sup> foi adotado pela igreja católica, que compreende como única forma de formação da família o casamento entre duas pessoas de sexos opostos, com fins de procriação. Para os conservadores e reacionários, a família é defendida como um fato natural,<sup>269</sup> tal como o ato sexual ou a própria procriação. Na moldura do estigma familiar protege-se a instituição “família” e não os seus sujeitos. Por isso ela

<sup>263</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 243.

<sup>264</sup> FONTE: Para Tartuce “[...] o Direito Civil Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de direito privado, tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados previsto na Constituição Federal de 1988, mas sim analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil, e vice e versa. Para tanto, deverão irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa, particularmente aquelas que constam no arts. 1º. A 6º. Do Texto Maior”. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5. Direito de Família**. 13. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018. p. 5.)

<sup>265</sup> GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. **Famílias no armário: parentalidade e sexualidades divergentes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 34.

<sup>266</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 38.

<sup>267</sup> OLIVEIRA, Francisco José. **Famílias não legisladas: direitos fundamentais e normas constitucionais de inclusão**. p. 9. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5949/disserta%c3%a7%c3%a3o%20v%c3%a1lida.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 jan. 2022.

<sup>268</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**. Dissertação de mestrado UFPR. p. 120. Disponível em: acervo digital UFPR. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>269</sup> OLIVEIRA, Francisco José. **Famílias não legisladas**.

não deve mudar com o tempo. Sob esse viés, o fenômeno familiar não pode ser plural, portanto inaceitáveis as famílias recompostas, democráticas e eudemonistas.<sup>270</sup>

Na raiz das ideologias judaico-cristãs, a culpa é vista como uma forma de redenção. O mal é um castigo divino. Para ir ao céu, o sujeito deve ser bom,<sup>271</sup> porque Deus é bom o tempo todo. “[...] Em outras palavras, o antropocentrismo, o racionalismo e o modelo mecanicista da ciência criaram uma cisão entre o humano e o mundo; a psique e a natureza; o subjetivo e o coletivo”.<sup>272</sup>

A Constituição de 1988, ao alargar os conceitos tradicionais de família, teria alterado a ordem jurídica do direito da família que “se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloquente do direito canônico”.<sup>273</sup> Fato é que não há um consenso a respeito da formação da família, cada sociedade estrutura e conceitua família de acordo com as suas próprias proposições culturais, de acordo com suas peculiaridades, tradições, costumes e leis.

No mundo Árabe a poligamia é uma virtude<sup>274</sup> para aqueles que a podem suportar.<sup>275</sup> Na Tanzânia,<sup>276</sup> por exemplo, pode haver famílias monogâmicas ou poligâmicas, há uma convenção, como um pacto antenupcial, entre os nubentes. Basta que a opção do casal seja declarada em registro competente. Nos Estados Unidos, por sua vez, a poligamia é proibida. No entanto, até meados do século XX foi questão de fé para alguns americanos, como os mórmons, seguidores da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. Há ao redor do mundo incontáveis

<sup>270</sup> HOUAISS, Eudemonismo é “a doutrina que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual, seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade”. Ver também julgado STJ – Resp: 1674849 RS 2016/0221386-0. Rel: Min. Marco Aurélio Bellize. Data de Julgamento 17/04/2018. T3. Data da Publicação: DJE 23.04.2018.

<sup>271</sup> MACDONALD, Yedda H. R. **Mitologia grega e psicologia arquetípica: fonte para compreensão dos ecos e reflexos da pandemia**. São Paulo: Self Revista do Instituto Junguiano. 2021. 6 e 08. p. 4. Disponível em: <[https://www.academia.edu/60291233/Mitologia\\_grega\\_e\\_psicologia\\_arquet%C3%ADpica](https://www.academia.edu/60291233/Mitologia_grega_e_psicologia_arquet%C3%ADpica)>. Acesso em: 09 jan. 2022.

<sup>272</sup> MACDONALD, Yedda H. R. **Mitologia grega e psicologia arquetípica**, p. 6.

<sup>273</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **A família monoparental como entidade familiar**. In: ALVIN, Teresa Arruda (Coord.) Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 44.

<sup>274</sup> Alcorão: “Casai com quantas mulheres quiserdes, 2, 3 ou 4; mas, se temeis não poder tratá-las com equidade, então tende uma só”.

<sup>275</sup> FONTE: IQARAISLAM. **Por que o Islam permite a poligamia?** Disponível em <<https://iqaraislam.com/islam-poligamia>>.

<sup>276</sup> FONTE: Espaço vital. **Países onde a poligamia (legal ou não) é comum**. Publicado em 11.nov.2007. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/1998/Pa%C3%ADses+onde+a+poligamia+\(legal+ou+n%C3%A3o\)+%C3%A9+comum](https://ibdfam.org.br/noticias/namidia/1998/Pa%C3%ADses+onde+a+poligamia+(legal+ou+n%C3%A3o)+%C3%A9+comum)>. Acesso em 21. dez. 2021.

comunidades que expressa ou tacitamente aceitam a poligamia como valor moral.<sup>277</sup> No Brasil a cultura herdada do tempo em que Estado e Religião coexistiam é a do casamento monogâmico entre sexos distintos,<sup>278</sup> sendo a monogamia princípio constitucional para alguns e valor moral para outros.

Concebendo a família como um fato cultural, feita pelo homem para o homem e olhando para trás, podemos nos socorrer da mitologia grega para explicá-la, porque mitos são fenômenos psíquicos, inconsciente coletivo na psique de todos os seres humanos,<sup>279</sup> que “revelam a própria natureza da psique”<sup>280</sup> pela linguagem metafórica que transita entre os mistérios que a racionalidade humana não deu conta de decifrar.<sup>281</sup> Os mitos fazem parte do inconsciente coletivo de toda a humanidade.<sup>282</sup> Têm a missão de serem operadores psíquicos do tratamento da realidade. Permitem a resolução de enigmas, vez que através deles alcançam-se respostas para as questões de vida e morte, amor e ódio, questões que, por tão cotidianas, dão sentido ao universo.<sup>283</sup>

Os mitos são essencialmente plurais: metade humano e metade divino. Sagrado e profano, eram heróis e bandidos. Meio masculino, meio animal. Ora mulher, ora irmã e ora devaneio. Racionais e imprevisíveis, servem como alicerce de história, de crenças e teorias coletivas que constituem um patrimônio comum que acaba por referenciar, inclusive, as religiões. O mito circula entre indivíduos e gerações, “transmite” e “acimenta” laços sociais, conjugais, familiares e ancestrais tornando-os mais largos.<sup>284</sup>

<sup>277</sup> FONTE: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/19/estilo/1484844930\\_340659.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/19/estilo/1484844930_340659.html)>.

<sup>278</sup> “Uma concepção de família fundada exclusivamente em um modelo (matrimonializado), em que a legitimidade da filiação é associada ao casamento e no qual a instituição família se sobrepõe aos interesses coexistenciais dos seus membros faz com que, a uma pessoa, seja possível configurar apenas uma família: aquela constituída por “justas núpcias”. Relações não matrimonializadas ou filiação havida fora do matrimônio se colocam, nessa ordem de idéias, à margem da dignidade jurídica concedida à família dita “legítima”, que, como modelo único, não coexiste simultaneamente com outros núcleos familiares. ” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**. Dissertação de mestrado UFPR. p. 60-61.)

<sup>279</sup> EUZEBIO, Daniela; MAGALDI, E. Simone. **Menos Zeus, Mais Nhanderú: um olhar sobre mitologia indígena brasileira**. Disponível em: <<https://www.ijep.com.br/artigos/show/menos-zeus-mais-nhanderu-um-olhar-sobre-mitologia-indigena-brasileira>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>280</sup> SILVEIRA, Nise da. **Jung – Vida e Obra**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

<sup>281</sup> EUZEBIO, Daniela; MAGALDI, E. Simone. **Menos Zeus, Mais Nhanderú**.

<sup>282</sup> JUNG, Carl Gustav. **Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo**. Petrópolis: Vozes, 2016 (Obras completas de C.G.Jung, v. 9/1).

<sup>283</sup> COMBIER, Claudine Veuillet; BINKOWSKI, Gabriel. **Adoção e mito: os destinos do “mito familiar” na cena da família contemporânea. Estudo a partir de um caso clínico de adoção na França atual**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1516-14982017001009>>. Acesso em: 06 jan 2022.

<sup>284</sup> COMBIER, Claudine Veuillet; BINKOWSKI, Gabriel. **Adoção e mito: os destinos**, p. 9.

Apanágio de todas as sociedades, os mitos sofrem alterações de acordo com as tradições religiosas dos povos, por vez difícil de saber se são fantasias ou histórias do mundo real. A mitologia grega, por suas interpretações e reinterpretações, retrata a moralidade de um povo em um contexto histórico. A maneira de pensar da raça humana desde imemoráveis tempos. Imaginação que não é controlada pela razão.<sup>285</sup>

Os gregos moldaram os deuses à sua imagem, antes deles os deuses não se pareciam com os seres humanos. Há aqui uma consciência do significado e da importância da humanidade. Os deuses humanizados, belos e jovens, fizeram do céu um lugar para compartilhar seus desejos e vícios, suas virtudes e grandezas com os homens. Dicotomia entre um mundo de receios e medos e outro de beleza, doçura e plenitude.<sup>286</sup>

O universo criou o Céu e a Terra, depois os Titãs (deuses primitivos: Cronos<sup>287</sup>) e por fim os deuses. Zeus<sup>288</sup>, deus do Olimpo<sup>289</sup>, era um polígamo convicto, marido e amante de deusas, ninfas e mortais. Casou-se primeiro com Métis, com quem teve como filha Atenas. Após, casou-se com Têmis, Titã e deusa da justiça, a quem coube temperar o poder de Zeus com seu profundo conhecimento sobre as leis naturais. A conjugalidade, entretanto, não era só de flores, nada entre eles possuía solução definitiva.<sup>290</sup> O casamento cumpriu sua função mas se desfez.

Coube a Hera<sup>291</sup>, que era sua irmã, o terceiro e o mais conturbado casamento de Zeus. Ela, porque Zeus tinha muitas amantes e com elas inúmeros filhos (Hércules, Helena, Eros, Perséfone e Hermes) era muito ciumenta. Hera desafiava e perseguia

<sup>285</sup> BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial produzida pela humanidade: os condicionalismos religiosos e históricos na civilização helénica.** p. 60. Disponível em: <<https://revistas.rcaap.pt/millennium/article/view/8416>>. Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>286</sup> BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial,** p. 63-64.

<sup>287</sup> Cronos (o mais forte dos titãs), casou-se com sua irmã Rea e tiveram seis filhos: Zeus, Poseidon, Plutão, Hera, Héstia e Deméter. Cronos os “devorou” logo ao nascer, exceto Zeus, que Rea escondeu numa caverna no bosque de Creta, e colocou uma pedra em seu lugar para ser devorada. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/zeus/>>. Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>288</sup> Zeus: o chefe supremo e era o deus da chuva, do céu e das nuvens. Ele brandia o terrível raio e o seu poder era superior ao poder de todos os outros deuses. Apesar de tudo, Zeus, não era onipotente, nem omnisciente, pois havia quem se lhe opusesse e quem o mistificasse. Na Ilíada é revelado como Zeus foi enganado por Posídon e Hera. (BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial,** p. 65.)

<sup>289</sup> Olimpo: o cume da maior montanha de maior altitude de toda a Grécia, situado no Nordeste. Na Ilíada, por sua vez, há a noção de um Olimpo localizado num reino misterioso, muito superior ao de todas as outras montanhas da Terra. O mítico invade a problemática quando não há possibilidade de superação racional. (BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial,** p.65.)

<sup>290</sup> BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial,** p. 65.

<sup>291</sup> Hera: a deusa incapaz de esquecer uma ofensa. (BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial,** p. 66.)

os filhos de Zeus ao ponto de tentar matar Hércules - e ser por ele vencida. Hércules é conhecido como herói do Olimpo por ter destruído todos os templos de Hera.<sup>292</sup> O único dos filhos de Zeus que não contava com a ira de Hera é Hermes, o deus mensageiro e o mais astuto dos deuses, a quem cabia o dom da dissimulação, a chefia dos ladrões e a condução das almas ao vale da morte.<sup>293</sup>

Na mitologia grega, Hércules<sup>294</sup> seria filho de Alcmena, a mais bonita, alta e sábia das mortais. Para relacionar-se com ela, Zeus teria assumido a forma do seu marido, Anfitrião, e dessa farsa, o teria gerado.<sup>295</sup> Recusado por Zeus, Hércules foi criado como filho de Anfitrião.<sup>296</sup> Reza a lenda que Anfitrião o teria batizado por Alcides (em homenagem a Alceu, avô afetivo). Contudo, para apaziguar o ódio da traição à Hera, Zeus o teria nomeado Hércules, que significaria, aquele que luta pela glória da deusa (Hera).<sup>297</sup>

Zeus tinha por filhos: Febo, (deus do sol), Artêmis (deusa da lua e da caça), Hermes (alado mensageiro dos deuses), Ares (deus da guerra), Dionísio (deus do vinho e dos bacanais), Afrodite (deusa da beleza e do amor) e Palas Atena (deusa da sabedoria). Com Mnemosyne (deusa da memória), Zeus teve as musas (semi divinas): Clio (musa protetora e inspiradora da história), Euterpe (da música), Talia (da comédia e da poesia), Melpômene (da poesia trágica), Erato (da poesia amorosa), Terpsícore (da dança e canto), Polímnia (da oratória e poesia sacra), Urânia (da astronomia) e Calíope (da poesia épica e da eloquência).<sup>298</sup> Da mitologia grega se extrai a realidade fática de muitas famílias contemporâneas, seus dramas e alegrias. Permeada por um forte conteúdo moral, as histórias dos deuses gregos servem de modelo e de reflexão para a humanidade.

<sup>292</sup> CARPINETTI, Luís Carlos Lima. **O mito de Júpiter e a questão do incesto no apologético de Tertuliano: mito e questões de tradução**. Cadernos do CNLF, v. XXI, n. 3. Rio de Janeiro: CIFEFIL, 2017. p. 1028-1029.

<sup>293</sup> DE VASCONCELLOS, Paulo Sérgio. **Mitos gregos**. Objetivo. São Paulo, 1998. p. 29.

<sup>294</sup> Hércules é o nome dado pelos antigos romanos ao herói grego Herácles, filho de Zeus chamado de Júpiter pelos romanos.

<sup>295</sup> “[...] Zeus, então, ordenou que a Noite se prolongasse como nunca antes e, fazendo-se passar por Anfitrião voltando da guerra, foi ao encontro de Alcmena. Hermes ficou na porta da casa, para impedir que seu pai fosse perturbado. A esposa de Anfitrião, que de nada desconfiava, deitou-se com o pai dos deuses naquela longuíssima noite. Meses depois, Alcmena deu à luz dois filhos: um mortal, Íficles, filho gerado com Anfitrião, e um semideus, Hércules, cujo pai era Zeus. DE VASCONCELLOS, Paulo Sérgio. **Mitos gregos**. Objetivo. São Paulo, 1998. p. 28.

<sup>296</sup> CAPELETTI, Luiz Reinaldo; VANZELLA, José Marcos Miné. **Democracia como ferramenta para uma decisão justa – entre Habermas e Dworkin**. Revista Direito & Paz. São Paulo. Lorena. Ano XV n. 45. 2o Semestre, 2021 p. 146-164.

<sup>297</sup> BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial**, p. 66.

<sup>298</sup> FONTE: <<https://www.ebiografia.com/zeus/>>. Acesso 7 jan. 2022.

Na Grécia havia um sistema de subordinação ordenada: as mulheres se submetiam aos homens, os filhos aos pais e os escravos aos senhores. O lar era o lugar da vida familiar e da realização das necessidades básicas. As mulheres, por sua vez, tinham o papel da administração do lar, de cuidar do fogo sagrado, do cuidado com os filhos e do culto familiar.<sup>299</sup> Contraditoriamente, Zeus sobrevivera pela astúcia materna. Conta-se que Cronos temia perder o trono a um de seus filhos. Por conta de uma profecia, devorava todos eles. Reia, sem mais suportar a situação, refugiou-se em Creta para ter o filho, enganando ao deus do tempo, seu marido.<sup>300</sup> Para que o filho pudesse sobreviver ao pai, deixou-o aos cuidados das ninfas, que o acolheram afetivamente.<sup>301</sup> Aceitando, assim, a dor de não conviver e de não transmitir seus valores ao filho.

Zeus, por sua vez, cresceu privado do convívio com a sua ancestralidade. Derrotado da convivência familiar, acabou cumprindo a profecia, obrigando o pai a regurgitar os irmãos, para, com a ajuda destes, ascender ao Olimpo. Então, há primeiro uma ruptura com a ordem universal proposta pelos Titãs e o partilhamento do universo com os irmãos, para então alcançar a glória da imortalidade. Coube a Hades, irmão de Zeus, o reino dos mortos e a humanidade até ali constituída. Somente após, Zeus cria, a partir dos heróis, uma raça de semideuses. Muito mais justos e valentes que a humanidade precedente (profana), porque os heróis seriam governados pela Justiça (Dike) e pela Arbitrariedade (Hýbris). Àqueles que obedecessem a Prudência (Sophosýne), caberia a glória da imortalidade. E aos que sucumbissem à arbitrariedade, o mesmo destino dos antigos humanos: o vale das mortes.<sup>302</sup> Nesse sentido, os mitos revelam pelas suas ações e emoções, a moralidade presente nas relações interpessoais, quase como um regramento moral que seria imposto a todas as coisas e seres do mundo. Para eles, o casamento era heterossexual e monogâmico e a esposa, propriedade privada do marido. No entanto,

---

<sup>299</sup> DOS SANTOS, Sidney Francisco Reis. **O direito de família na Grécia da idade antiga**. Disponível em: <[http://www.robertexto.com/archivo14/o\\_direito.htm](http://www.robertexto.com/archivo14/o_direito.htm)>. Acesso em: 7. jan. 2022.

<sup>300</sup> DE VASCONCELLOS, Paulo Sérgio. **A mitologia grega, uma concepção genial produzida pela humanidade: os condicionalismos religiosos e históricos na civilização helénica**, p. 88.

<sup>301</sup> Entre outras lendas, Zeus teria sido criado por Melissa, que o alimentou com leite de cabra e mel. Quando se tornou adulto, Zeus derrotou o pai e obrigou-o a ressuscitar seus irmãos. Libertou também os ciclopes da tirania de Cromos, e eles em recompensa deram-lhe as armas do trovão e do relâmpago. Zeus tornou-se senhor dos homens e supremo mandatário dos deuses que habitavam o monte Olimpo. Tinha o poder dos fenômenos atmosféricos e com sua mão direita mandava chuva para as plantações. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/zeus/>>. Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>302</sup> BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume I. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 176.



costumeiramente relacionavam-se sexual e afetivamente fora dele. Inclusive com o nascimento de filhos, que por sua vez, constituíam outras famílias igualmente plurais. Para além de Zeus, também Hermes e Hércules constituíram diferentes composições de família.

A mitologia indica ainda que na Grécia antiga a monogamia encontrava ao menos uma exceção, o festival anual em homenagem ao deus Dionísio (deus do vinho) e à deusa Deméter (deusa da fertilidade e do casamento). Nesse, por um mês, as mulheres casadas tinham liberdade para descobrirem seus corpos e suas mentes, inclusive relacionando-se (sexualmente) entre si. Proibia-se o ingresso dos homens no festival.<sup>303</sup> Muitas outras histórias e lendas existem e servem para ilustrar o que aqui se quer representar: a família como composição desde sempre cultural e plural. Constituída não por um fato natural, mas em atenção a um contexto sociocultural que permite, desde sempre, o seu desenvolvimento mosaico.<sup>304</sup>

As famílias plurais são resultado da pluralidade da sociedade, resultam da pluralidade de relações parentais, advindas do divórcio, da separação ou do recasamento. Também são resultado do amor que não enxerga o gênero e das famílias não matrimonializadas. Formam-se pelas famílias constituídas pelo afeto<sup>305</sup> ou, até mesmo, pelo desejo de ser só. Na mitologia, Hércules e Hermes são irmãos, filhos de mães distintas e de mesmo pai (Zeus). Um deles tem por mãe uma humana (Alcmena), o outro, por sua vez, uma deusa (Maia). A mitologia ensina sobre valores e sobre moral, sobre justiça e injustiça. Sobre humanidade, seus conceitos, “pré-conceitos” e preconceitos. Mostra também que pertencer a uma família identifica e reforça o papel de cada qual dentro desta estrutura, seja pelo dever de solidariedade mútua que nela se desenvolve, seja pela comunicação da cultura havida pela transmissão da ancestralidade. Pelas histórias das tradições familiares contadas e

---

<sup>303</sup> DOS SANTOS, Sidney Francisco Reis. **O direito de família na Grécia da idade antiga**. Disponível em: <[http://www.robertexto.com/archivo14/o\\_direito.htm](http://www.robertexto.com/archivo14/o_direito.htm)>. Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>304</sup> Mosaicos (mosaikós) – são embutidos de pequenas pedras ou outras peças de cores, que pela sua disposição aparentam desenho. Trabalho intelectual ou manual composto de várias partes distintas ou separadas. Relativo à legislação mosaica do profeta Maomé. Para Fachin, observando a família moderna afirma que o “ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural”. “[...] Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica” (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 289-306).

<sup>305</sup> Não é objeto deste trabalho historiar ou classificar o que seja a família plural. Entende-se por família o modelo contemporâneo de família, promessa de pluralidade constitucional. Por isso vê-se a família como espaço de realização pessoal, para além dos vínculos biológicos, por isso recomenda-se a leitura de CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**, 2013.

recontadas, a família é um fato cultural. “[...] É fruto de diversos fatores sociais - entre eles, é certo, situa-se o direito - que se entrelaçam, formando nova realidade, apreendida a partir do cotidiano das massas anônimas”.<sup>306</sup>

A família, enquanto estrutura, pretende ser secularmente estável, certas estruturas suas se modificam lentamente. Esse movimento lento é que permite o avançar do “tempo social e o tempo individual da história conjuntural e da história factual”.<sup>307</sup> Na mitologia grega admitia-se o incesto, o parricídio, o feminicídio. Em outros tempos, como em Arendt, a escravidão é uma possibilidade social que não guardava espanto. No entanto, na contemporaneidade há uma convenção moral que os bestifica. A proibição do incesto poderia ser vista, então, como de natureza cultural, que se volta à preservação da espécie.<sup>308</sup> Assim, no mundo ocidental a família é moralmente estruturada a partir da proibição do incesto.<sup>309</sup> Outro ponto característico da formação da família (ocidental) é a monogamia como traço característico da conjugalidade. Que, não raras vezes, é permeada por uma aceitação (histórica) velada da poligamia ou mesmo de relações extraconjugais. Aceitação essa que é dada socialmente à conduta masculina e negada à ambiência feminina.<sup>310</sup>

Vista na contemporaneidade, sob a luz da Constituição Federal, a família deve ser observada sob o prisma da dignidade da pessoa humana, pois é lugar do afeto. A família é ponto de encontro. Por isso precisa ser tutelada a partir de leis, princípios e valores que a considerem de acordo com o contexto histórico no qual se vê inserida; onde a liberdade e a igualdade enquanto valores morais e princípios constitucionais possam efetivamente transbordar. O desenho familiar já não tem apenas uma configuração social e já não cabe em rótulos ou conceitos. Aliás, a pluralidade em Arendt é compreendida como sendo específica da condição humana, uma vez que “[...] Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda vida política.”<sup>311</sup>

<sup>306</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**, p. 67.

<sup>307</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**, p.67.

<sup>308</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas.**, p. 74.

<sup>309</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas.**, p. 76.

<sup>310</sup> “[...] Há que se ter em conta, nesse passo, que a caracterização efetiva de poligamia impende certa ostensividade, uma vez que o relacionamento sexual extraconjugal levado a efeito às ocultas não é, historicamente, privilégio masculino. O que se coloca, com efeito, é que, enquanto as relações extraconjugais masculinas são, em muitos momentos históricos, toleradas, e, mesmo, incentivadas, a situação da mulher é bem diversa, sofrendo violenta repressão social. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**, p. 78.

<sup>311</sup> ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro. Forense universitária, 1981. p. 15.

Trata-se, então, de reconhecer que há em comum o fato de se pertencer a uma mesma humanidade e de aceitar que nela há seres humanos compostos por suas diferenças. A pluralidade associa-se a ideia de igualdade e de alteridade e a da comunidade e singularidade, porque “[...] no homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.”<sup>312</sup>

Da mitologia grega se extrai um conjunto de regras e valores morais que são disseminados pela humanidade porque representam valores atávicos à sociedade. Elas demonstram que questões comportamentais não escapam de uma análise que parte de princípios e de valores.<sup>313</sup> Mencione-se, ainda, que a própria obediência às leis é parte de um acordo moral da sociedade.

Em absoluto descompasso, na contemporaneidade, vê-se que o novo conservadorismo brasileiro tem a pretensão de limitar o conceito de família por uma moralidade patriarcal, uma construção familiar baseada em um relacionamento (sexual) fechado, com vista à procriação de descendentes consanguíneos. Entretanto, nos primeiros tempos, a concepção de família alcançava para além do núcleo familiar, os escravos e aqueles que de uma forma ou outra asseguravam a preservação da espécie.<sup>314</sup>

Então, a família, como concebida nos primeiros tempos, não estava baseada no relacionamento sexual dos cônjuges, mas na sobrevivência da espécie humana. Pode-se dizer que esse é um dado característico de uma família natural. Consequentemente, a convenção pela monogamia ou pela proibição do incesto poderia servir ao entendimento de que a família é um fato cultural, portanto, inservível qualquer compreensão estreita de família natural ou tradicional. Nesse sentido, é possível afirmar que a sociedade, em sua evolução, desmistificou a orientação sexual tradicional e experimenta novas formas de relacionamento afetivo, do namoro ao casamento.<sup>315</sup> Repercutindo no mundo do direito, da ética, da moral, da política e da religião, a família se abre à tolerância e à diversidade. A família é agora, por assim

<sup>312</sup> ARENDT, Hannah. A condição humana, p. 189.

<sup>313</sup> GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, jan./mar. 2003. p. 66.

<sup>314</sup> COULANGES, Fustel. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes. p. 85, 131.

<sup>315</sup> FISCHER, André. **Como o mundo virou gay?: crônicas sobre a nova ordem sexual**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008. p. 13.

dizer, mais “ninho” e menos “nó”.<sup>316</sup> No sentido de que a estrutura de acolhimento e afeto da família se faz perene, mas não a rigidez da tradição dos primeiros tempos.<sup>317</sup>

Para que seja possível a compreensão do sobredito, é necessário entender que o direito é sempre “uma questão de fato histórico<sup>318</sup> que nunca depende da moralidade”.<sup>319</sup> Por vezes, o que se descobre é que não há norma jurídica alguma para orientá-lo, cabendo a tarefa de dizê-lo ao intérprete. Os direitos seriam, portanto, contemplados pela hermenêutica que compreende a existência de princípios escritos – enunciados pelos textos normativos – e princípios não escritos, os que decorrem de uma leitura holística, orgânica e situada das leis, em especial da Constituição vigente, que é a carta de direitos, ápice da hierarquia das normas. A preservação da família plural depende de uma leitura da Constituição que a reconheça para além do texto escrito, porque é a hermenêutica constitucional que dá sentido ao sentido estrito<sup>320</sup> das leis. Considere-se que, por vezes, a leitura do texto escrito da Constituição possa não representar exatamente os valores da sociedade e, neste caso, ele seria inservível para a pacificação social e para o desenvolvimento da sociedade, havendo, assim, que se socorrer da força normativa dos princípios constitucionais.<sup>321</sup>

A ciência jurídica analisa os princípios como uma espécie de norma jurídica diferente das regras,<sup>322</sup> que poderiam ser definidas quanto aos valores, como reunião das normas, preceitos morais ou regras sociais, passadas de uma sociedade, grupo ou cultura para outra.<sup>323</sup> Para Bobbio, os princípios “são normas generalíssimas”, “são as normas mais gerais do sistema e contém o espírito que paira sobre todas as leis,

<sup>316</sup> PERROT, Michele. **O nó e o ninho**. Veja 25 Anos: reflexões para o futuro. São Paulo. Abril. 1993. p. 75-81. Para ela “nós” significam a rigidez e a excessiva normatividade da família do século XIX. Mas para Ruzyk, essa alusão pode ser aplicada “a tudo aquilo que se coloca como característica conjuntural, ainda que em uma conjuntura longa, que se vai na média duração do transcurso histórico, sem que, todavia, a estrutura de longa duração da família – vale dizer, a existência mesma de famílias ao longo dos séculos – seja afetada pelo que se mantém o “ninho”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas e o princípio da monogamia**. p. 67).

<sup>317</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas e o princípio da monogamia**. p. 74.

<sup>318</sup> Relembre-se a teoria tridimensional do direito, na qual Miguel Reale definiu norma jurídica com a síntese resultante de fatos ordenados segundo distintos valores. É que para ele o fenômeno jurídico depende de um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, técnico...), um valor que signifique o fato e uma norma que represente a relação integrativa entre o fato e o valor. (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Saraiva, 1973. p. 85-87).

<sup>319</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 12.

<sup>320</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 9.

<sup>321</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos**, p. 9.

<sup>322</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios Jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30.

<sup>323</sup> Conforme Dicionário Online De Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/valores/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

cuja origem pode ser identificada, inclusive como uma norma fundamental”,<sup>324</sup> seriam, então, pontos de sustentação do Direito que por certo não compreendem apenas os fundamentos jurídicos legalmente instituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura universal.<sup>325</sup> Logo, os princípios possuem maior teor de abstração e uma finalidade de maior relevo dentro do sistema.<sup>326</sup>

Dworkin, quanto ao tema, aduz que as regras são aplicadas de forma *all-or-nothing-fashion*<sup>327</sup> e, desta forma, operam na dimensão da validade. Então, se a hipótese de incidência da regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida e não há consequência normativa. Em outras palavras, ou a regra é integralmente aplicável ou é integralmente não aplicável. No entanto, nos casos de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Para ele, o mesmo não ocorreria com os princípios, que, ainda que não sirvam para determinar a decisão judicial, contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Portanto, os princípios possuiriam uma *dimension of weight*. Assim, os princípios de maior peso se sobrepõem aos de menor peso sem que percam a validade.<sup>328</sup>

De regra, entende-se que os princípios são mais abstratos e servem para uma pluralidade de situações, enquanto as regras, por serem mais objetivas, possuem uma incidência específica. No entanto, a dogmática constitucional moderna, coloca para além disso a realização da justiça social e a realização dos direitos fundamentais numa dimensão estrutural entre regras e princípios.<sup>329</sup> Nesse sentido, os princípios constitucionais seriam “a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”<sup>330</sup> e se isso é verdade, o direito nasceria como síntese e equilíbrio entre valores impostos e valores livremente escolhidos.<sup>331</sup> Entretanto, ainda que existam as regras, os princípios e os valores, eles nada dizem sem que haja a sua interpretação no caso

<sup>324</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 43.

<sup>325</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais**, p. 44.

<sup>326</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

<sup>327</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.

<sup>328</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**, p. 42.

<sup>329</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel Dos Princípios no Direito Brasileiro**. Revista da EMERj, v. 6. n. 23, 2003. p. 32 Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>330</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 157.

<sup>331</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 31.

concreto. Afinal, a hermenêutica surgiu, inicialmente, no “debate de regras e lutas entre orientações distintas a respeito da interpretação de obras importantes,<sup>332</sup> como por exemplo a bíblia, quando cabia aos sacerdotes a interpretação das escrituras sagradas.

Etimologicamente, a palavra hermenêutica é vocábulo que vem do verbo grego *hermeneuein*, que significa interpretar, e que estaria relacionado ao deus grego Hermes, cuja função não estava apenas em levar as mensagens entre os deuses e os homens, mas explicar o significado e a intenção destas para que fossem compreendidas pelos humanos, explicando, assim, a dimensão da realidade que significavam.<sup>333</sup> Hermenêutica, mais do que a interpretação dos textos sagrados, é o estudo da compreensão<sup>334</sup> dos textos e possuem o “condão de transformar a condução legislativa para que atenda os anseios sociais”.<sup>335</sup>

A finalidade da interpretação é a compreensão de algo que foi construído por outra pessoa e que é transmitido através da linguagem.<sup>336</sup> A hermenêutica jurídica, todavia, tem a tarefa de dar o sentido correto da norma, através do significado dos seus textos e intenções, “tendo em vista a decidibilidade de conflitos.”<sup>337</sup> Essa interpretação pretende, portanto, tratar das questões concretas do Direito. A hermenêutica jurídica reclama, então, a compreensão de que tanto os princípios quanto as regras e os postulados servem para fundamentar e motivar a decisão

---

<sup>332</sup> [...] Ela surgiu e se mantém no virtuosismo [..] genial e pessoal do filólogo. Assim ela naturalmente vai também sendo transferida a outros principalmente por meio do contato pessoal com o grande especialista (Virtuose) da interpretação ou com sua obra. Ao mesmo tempo, no entanto, toda arte procede de acordo com regras. Estas ensinam a superar dificuldades. Elas transmitem o resultado da arte pessoal. Assim, desde cedo se constituiu a partir da arte da interpretação a apresentação de suas regras. E do debate entre estas regras, da luta entre orientações distintas a respeito da interpretação de obras de importância vital e da necessidade assim determinada de fundamentar estas regras surgiu a ciência hermenêutica. Ela é o corpo de ensinamentos sobre a arte (Kunstlehre) da interpretação de monumentos literários. Enquanto este corpo de ensinamentos determina a possibilidade de uma interpretação universalmente válida a partir da análise do compreender, ele finalmente força à resolução do problema universal com que esta discussão começou; ao lado da análise da experiência interna se colocou a análise do compreender, e as duas juntas oferecem para as ciências humanas a demonstração da possibilidade e dos limites de conhecimento universalmente válido nelas, à medida que elas estão condicionadas pela forma na qual fatos psíquicos nos são originalmente dados. (DILTHEY, Wilhelm. **O surgimento da hermenêutica. (1900)**. Numen: revista de estudos e pesquisa da religião. Juiz de Fora. v.2. n.I. p. 16).

<sup>333</sup> MIGUÉLEZ, Miguel Martinez. **Hermenêutica y analisis del discurso como método de investigación social**. PARADIGMA, Vol. XXIII, no 1, Junio de 2002 / 1-13. p. 2.

<sup>334</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa. Portugal. Edições 70, 1969. p. 19.

<sup>335</sup> BROCHADO, Mariá. **Apontamentos sobre a Hermenêutica Jurídica**. Revista Presidência, v. 13, n. 100, 2011. p. 229.

<sup>336</sup> BROCHADO, Mariá. **Apontamentos sobre a Hermenêutica Jurídica**, p. 230.

<sup>337</sup> FERRAZ Júnior, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo. Atlas. 2003. p. 256.

julgadora. No plano abstrato, todas as normas (regras, princípios e valores) são harmônicas, mas, na concretude existem tensões entre eles, de modo que, é para esses casos que a aplicação dos princípios e dos valores se mostra fundamental.

Logo, quando uma demanda específica é posta a julgamento e não puder ser submetida a uma regra de direito, há para o intérprete o dever de revelar o direito a partir dos princípios que o constituem.<sup>338</sup>

Não se trataria, portanto, de legislar ou inventar o direito, mas de construí-lo na concretude da demanda posta. Nos casos difíceis, o juiz deve decidir utilizando-se de interpretação construtiva à semelhança da interpretação literária<sup>339</sup> especialmente nos casos nos quais a liberdade, a igualdade e a dignidade estejam sendo postas em dúvida, colidentes com normas constitucionais ou com outros direitos, igualmente fundamentais. Se interpretar é tornar algo compreensível e, visto que a lei pode apresentar sentidos diversos, não há como separar a interpretação da aplicação dessas leis, porque na concretude o que se busca é o preenchimento de lacunas através de um processo lógico e axiológico de integração do direito.<sup>340</sup> Afinal, a interpretação busca um resultado para um conflito de direito e o direito não pode se eximir de sua função social. Desse modo, parece correto dizer que a interpretação de um texto aberto não traz relevo para a hermenêutica jurídica, o essencial, em verdade, é a interpretação da lacuna da lei. Sabe-se que a atividade interpretativa não é exclusiva do juiz,<sup>341</sup> porém, quanto a interpretação das leis, pode se pensar a partir dos dois modelos de juízes construídos por Dworkin para explicar a atividade de interpretar e a necessidade de superação do positivismo jurídico, um juiz Hércules e o outro Hermes.<sup>342</sup>

<sup>338</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 127-128.

<sup>339</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 63.

<sup>340</sup> BROCHADO, Mariá. **Apontamentos sobre a Hermenêutica Jurídica**, p. 233.

<sup>341</sup> “A interpretação jurídica não é atividade exclusiva do juiz, não obstante ser dele a decisão (aplicação) com força de coisa julgada, segundo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inserto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Classifica-se a interpretação jurídica segundo a figura do intérprete da qual ela emana: autêntica, judicial, doutrinária. Nos textos de Direito Público, em especial da Hermenêutica constitucional, menciona-se ainda interpretação administrativa, a ser desenvolvida pelo Poder Executivo.” BROCHADO, Mariá. **Apontamentos sobre a Hermenêutica Jurídica**, p. 237.

<sup>342</sup> É uma certa forma de estar, uma certa forma de saber (e de saber, estando) que se encontram implícitos (e nem sempre apercebidos) na figura de Hermes. Hermes remete-nos para o conhecimento tradicional, ou antigo, por contraposição ao conhecimento moderno. Ora, esse conhecimento antigo não é antiquado, antes necessita de redespertar para que a tardomodernidade em que vivemos possa encontrar vias positivas de superação da modernidade, sem a rejeitar em bloco (desde logo sem recusar importantes adquiridos jurídico-políticos seus), mas visando um aperfeiçoamento. Não se trata, antes de mais de aproveitar Hermes para postular um saber hermético, que nos faria sair do nosso âmbito, mas de, como dissemos, proclamar antes

Hércules, ensina Dworkin, deverá “ler as leis” com as mesmas técnicas utilizadas pelo “common law”,<sup>343</sup> porém concebendo o seu papel “como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso”.<sup>344</sup> Porém, compreendendo o propósito da lei como o “resultado da integridade,<sup>345</sup> de adotar uma atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei”, observando as declarações dos legisladores, mas também os eventos políticos em si.<sup>346</sup> Desse modo, a interpretação de Hércules começaria antes do momento de aprovação da lei e continuaria até o momento em que ele dirá o que ela é naquele momento.<sup>347</sup>

Hermes por sua vez, entenderia que a legislação é comunicação e que deveria “aplicar as leis descobrindo a vontade comunicativa dos legisladores”<sup>348</sup> aquilo que eles diziam quando votaram a lei. A questão seria, no entanto, como saber qual teria sido a vontade daqueles que legislaram em remotas épocas? Poder-se-ia considerar que os primeiros legisladores não tenham refletido sobre as questões de moralidade política contemporâneas e por isso não tenham elaborado respostas normativas expressas para elas. Além disso, seria preciso definir se a interpretação consideraria a vontade do conjunto de legisladores que aprovou a lei no passado, ou se apenas de um deles. E se esses legisladores tiverem, mais adiante, mudado de opinião? Ainda

---

um saber hermenêutico *hoc sensu*. Por muita objetividade que se postule (e é verdade que ela é importantíssima, sobretudo contra o subjetivismo, de que tanto há a tentação de se investir quem tem poder), a verdade é que o verdadeiro conhecimento (*connaissance* em francês remete para nascimento em conjunto – de algum modo implicando um contínuo renascimento, porque o conhecimento nunca está completo) não é uma operação mecânica, mas uma “alquimia de alma”, em que há transmutações qualitativas, e o sujeito *cognoscente* é partícipe do processo, no qual interfere. É necessário ter a consciência da participação do hermeneuta na obra de criação do Direito (por vezes impondo-se algum prudente ativismo, outras vezes *self restraint*), e entender o grande juiz mítico de sempre, o rei Salomão, foi justo porque acolhido por Deus o seu pedido de ter um coração inteligente. É essa inteligência de coração que tantas vezes falta tanto aos agentes jurídicos no terreno. (CUNHA, Paulo Ferreira. **Sob o signo de Hermes – reflexões para uma razão jurídica hermenêutica**. *Convenit Internacional* 15 mai-ago 2014 Cemoroc-Feusp / Ppgcr-Umesp / IJI - Univ. do Porto. p. 3)

<sup>343</sup> Neste ponto sugere-se a leitura de BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>344</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 377.

<sup>345</sup> Quanto à integridade, trataremos mais adiante. Por ora é de se compreender a integridade em dois planos distintos, um legislativo e outro jurisdicional. No primeiro considera-se a tarefa legislativa deva tornar o conjunto de leis do Estado moralmente coerentes. E o segundo impõe a coerência moral da sociedade como um limite à atividade hermenêutica. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 213). A integridade então poderia ser compreendida como uma premissa de direção do Estado. E a responsável por colocar direito e moral em uma mesma perspectiva.

<sup>346</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 380.

<sup>347</sup> No sentido da aplicação literal de: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 380.

<sup>348</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 382.



assim a sua vontade deveria ser prevalente? Havendo uma discordância sobre qualquer assunto entre o juiz e o legislador, haveria que prevalecer a “supremacia do legislativo”?<sup>349</sup>

São questões para as quais Hermes não tem resposta efetiva. De sorte que, para Dworkin ele não terá outro caminho que não o de interpretar a lei a partir do histórico da própria legislatura para descobrir o que ela realmente é. Buscará pelas convicções gerais dos legisladores “porque em uma comunidade de princípios” a legislação deve ser “entendida como um sistema coerente de princípios”.<sup>350</sup> E, ao assim agir Hermes estaria aplicando às suas interpretações o direito como integridade, de modo a considerar não apenas os textos escritos, mas vendo nos princípios e na história da sociedade, razão para decidir como Hércules.<sup>351</sup> Hermes se tornaria gêmeo de Hércules.<sup>352</sup> Neste sentido, uma interpretação que parta de uma forte coerência de todo o sistema oferece uma resposta melhor aos anseios da sociedade.

Sem dúvida, a primeira interpretação dos dispositivos legais seria a linguística, no sentido de que as palavras têm sentido e dão limite à interpretação, sendo certo que muitas vezes essa análise linguística seria suficiente para a solução da controvérsia posta.<sup>353</sup> Todavia, quando se tratem de controvérsias morais ou políticas, a unidade da Constituição recomenda outro tipo de interpretação, uma que seja sistemática.<sup>354</sup> Uma interpretação constitucional, por sua vez, reclama que o ponto de partida do intérprete seja, sempre, os princípios constitucionais, que são “o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”.<sup>355</sup> Em vista da posição hierárquica da Constituição, como das peculiaridades do seu texto, a sua interpretação pressupõe o uso de ferramentas interpretativas constitucionais, que extrapolam a interpretação linguística (também a teleológica e a

---

<sup>349</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 400.

<sup>350</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 403.

<sup>351</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 403.

<sup>352</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 403.

<sup>353</sup> Aponte-se que, mesmo os “casos fáceis”, nos quais a interpretação linguística se afigura como meio adequado para a resolução do conflito, podem se converter em casos difíceis a depender das interpretações e reinterpretações que lhe sejam dadas. Casos difíceis seria um conceito provisório ou de transição. Para mais ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, agir estratégico e autoridade constitucional compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 16-17.

<sup>354</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 55.

<sup>355</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 155.

histórica)<sup>356</sup> da Constituição. Então, parece ser um tipo de interpretação distinta da utilizada na interpretação da legislação em geral.<sup>357</sup> Nela, a atividade interpretativa deve buscar primeiro pela “identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”<sup>358</sup>

A interpretação jurídica é, então, uma atividade que reconstrói racionalmente as escolhas políticas por meio da atribuição de significado aos princípios. Por isso ela seria capaz de dar coerência às decisões, porque observa todas as informações possíveis da sociedade, conciliando o dinamismo das transformações sociais com a necessidade de seguir os precedentes construídos historicamente.

As alegorias dos juízes Hércules e Hermes são reveladoras dos traços desejáveis no magistrado, desde a perspectiva masculina até a consideração de que as facetas heroica, sobrenatural e supra-humana dos arquétipos mitológicos trazem a expectativa de que os juízes deixem de lado suas personalidades e traços individuais ao decidir.<sup>359</sup> Essa perspectiva está presente em vários aspectos da idealização sobre a atividade de julgar. Como na recomendação do positivismo legalista para que o juiz atue estritamente subordinado à lei e que sua interpretação revele apenas o conteúdo preexistente da norma, despindo-se de suas perspectivas particulares.<sup>360</sup> Até a alegoria das togas que os magistrados vestem traz a mensagem subliminar de que suas singularidades pessoais devem ser deixadas do lado de fora das Cortes.<sup>361</sup>

No entanto, a hermenêutica clássica do positivismo jurídico, no sentido de anular o intérprete no processo de compreensão e aplicação da lei, não deu conta de decidir os conflitos contemporâneos dos direitos das famílias plurais (tão pouco do Direito genericamente considerado). Uma nova hermenêutica se tornou necessária, dando ao intérprete a possibilidade de uma interpretação mais aberta, a considerar mais do que os textos escritos, partindo dos princípios para encontrar o sistema como um todo, permitindo a resolução dos conflitos atuais e dos que virão.

---

<sup>356</sup> Sobre os métodos de interpretação, como não se tratam do objeto deste estudo, sugere-se a leitura de BROCHADO, Mariá. **Apontamentos sobre a Hermenêutica Jurídica**.

<sup>357</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 57.

<sup>358</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 155.

<sup>359</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **Hércules, Hermes e a Pequena Sereia**, p. 885

<sup>360</sup> Sobre o positivismo, conforme BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>361</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **Hércules, Hermes e a Pequena Sereia**, p. 885.

A constitucionalização do direito (de família) tornou, então, impossível a solução dos conflitos sociais pela utilização de métodos constitucionais e mecanismos hermenêuticos do positivismo jurídico. Essa superação é desenvolvida na historiografia de Ronald Dworkin e serve de guia para o que se põe, o direito é a “espada, escudo e ameaça”, entretanto, como explicá-lo quando os textos jurídicos nada dizem, são obscuros ou ambíguos?<sup>362</sup>

Mesmo em contextos de constituições escritas existem princípios constitucionais não escritos que fundamentam os textos.<sup>363</sup> O direito escrito seria uma “proposição jurídica, editada pelo legislador, a partir de uma fórmula linguística, destinada para que os juízes a apliquem e a interpretem no caso concreto”.<sup>364</sup> O direito não escrito seria uma proposição jurídica decorrente de racionalidade argumentativa que permite que “proposições jurídicas específicas, direta ou indiretamente relevantes ao caso em concreto” sejam analisadas “como princípios abstratos de uma razão secundária que por movimentos interpretativos e reinterpretativos podem derivar outras proposições jurídicas específicas”.<sup>365</sup> Logo, quando se fala em aborto, fala-se em princípios mais gerais do direito como liberdade, igualdade, dignidade ou autonomia da vontade.<sup>366</sup>

A Constituição não escrita funciona como a lógica do direito, como fruto da razão. O direito escrito se esgota na legislação pertinente, ao passo que o direito não escrito não possui essa limitação. O direito não escrito é fruto de um discurso racional, onde as normas escritas são expressões escritas de princípios não escritos. Nesse sentido, o que era direito escrito pode se tornar, por meio da interpretação judicial, um direito não escrito.<sup>367</sup>

A principal diferença entre o direito escrito e o não escrito não é a existência de uma Constituição posta em um documento escrito. Está no fato de que, no sistema escrito os juízes adotam proposições gerais e abstratas do direito constitucional formal. Enquanto no sistema não escrito os juízes interpretam o direito constitucional a partir de princípios gerais, compostos por um conjunto de proposições jurídicas não

<sup>362</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. XI.

<sup>363</sup> WALTERS, Mark D. **Written constitutions and unwritten constitutionalism**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511511042.012>>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>364</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e**, p. 165 e 166.

<sup>365</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e**, p. 165 e 166.

<sup>366</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **É importante o modo como os juízes decidem os casos?**

<sup>367</sup> WALTERS, Mark D. **Written constitutions and unwritten constitutionalism**.

estabelecidas formalmente, mas que decorrem de uma moralidade compartilhada por todo o sistema. De sorte que há uma lei mesmo em Constituições não escrita, sendo imperativa a existência de uma teoria da Constituição não escrita que permita a compreensão do que a Constituição não escrita é ou poderia ser.<sup>368</sup> Considere-se, porém, que nem todos os princípios estão expressos em textos legais. Eles existem intrinsecamente no ordenamento jurídico e não poderia ser diferente, já que existem para regular a sociedade durante o seu desenvolvimento. Precisam oxigenar o ordenamento jurídico e a própria atividade interpretativa integrativa do magistrado, servindo como a parábola da árvore viva de que trata Waluchow.<sup>369</sup>

A característica do século XXI seria, então, a crescente complexidade das relações humanas, sociais e culturais. Na intimidade humana contemporânea há a possibilidade real de filhos de dois, três ou quatro pares de pais diferentes conviverem sob um mesmo teto. Assim como há a possibilidade jurídica do reconhecimento de uma pluralidade de vínculos<sup>370</sup> de filiação,<sup>371</sup> como é o caso que tramita perante o juízo da 3ª Vara de Família de Brasília, em que persegue-se o direito ao registro de criança cuja origem da filiação é proveniente de uma dupla maternidade.<sup>372</sup> A própria questão do *homeschooling* e a polêmica questão da descriminalização do aborto são pautas de relevo que tocam a efetivação dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente à família plural. A consequência pragmática desse universo contemporâneo é a ampliação quantitativa e qualitativa do espaço reservado à

<sup>368</sup> WALTERS, Mark D. **Written constitutions and unwritten constitutionalism.**

<sup>369</sup> WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: an idiot responds.** Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Citado: (2005) 18 cân. J.L. & Juris. p. 207-247.

<sup>370</sup> [...] É possível o reconhecimento da paternidade biológica quando comprovada a relação socioafetiva entre pai e filho. Isso porque está mais que consagrado pela jurisprudência e pela doutrina quanto a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Além disso, a filiação socioafetiva, com alicerce no artigo 227, §6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também “parentescos de outra origem” e outros meios decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1115428/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão).

<sup>371</sup> No Brasil há legislação específica para registro de crianças que são fruto de projeto parental de reprodução humana assistida heteróloga por casais hétero ou homoafetivos. Porém, em razão do elevado custo desse procedimento, há forte crescimento das técnicas “caseiras” de reprodução que são denominadas por reprodução humana assistida homóloga. Essa modalidade, não tem precedente legislativo e necessita da coerência do sistema para que seja possível, fato que já é levado para decisão pelos Tribunais pátrios. Para mais, ver Autos no. 0724641-93.2020.8.07.0016 da 3ª Vara de Família de Brasília e o Provimento 63/2017 do CNJ.

<sup>372</sup> Um bebê gerado por inseminação caseira terá o nome das duas mães no registro, conforme decisão da 3ª Vara da Família de Brasília. O juiz considerou a relação de afeição, apreço e afinidade desenvolvida pelo casal que compartilha o projeto parental desde o início da gestação. Fonte: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8148/>>. Acesso em: 13 jan. 2022.

interpretação jurídica e ao intérprete. Espaço esse que não é maior, é novo e diferente daquele que existia.<sup>373</sup> A interpretação desse fenômeno exigirá um “esforço pessoal do intérprete” e “novas técnicas hermenêuticas” que sejam capazes de preservar cada uma das normas envolvidas “definindo-lhes os contornos e mantendo a unicidade da Constituição”.<sup>374</sup> Fenômenos estes que serão tratados nos casos concretos a partir de contextos históricos e temporais, deslocando ao intérprete “um espaço de determinação do sentido de normas constitucionais”.<sup>375</sup>

Então os princípios não escritos estariam inscritos no “espírito ético” dos ordenamentos jurídicos. Sua fundamentação é ética, como imperativo categórico que possibilita a vida em sociedade e estão intrinsecamente ligados à noção de cidadania.<sup>376</sup>

Princípios são, assim, pontos de sustentação do direito e não compreendem apenas os fundamentos jurídicos legalmente instituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura universal.<sup>377</sup> São “os fundamentos da ciência jurídica e as noções em que se estrutura o próprio Direito”.<sup>378</sup> Sendo assim, os princípios têm também uma função sistematizadora.<sup>379</sup> De forma que o ordenamento jurídico poderia ser conceituado, então, como um sistema aberto, móvel e exigível, “sempre permeável para acolher novas configurações da vida, e no qual são possíveis tanto mutações na espécie do jogo concentrado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios”.<sup>380</sup> Nesse contexto, reconhecendo-se a pluralidade social, as acentuadas desigualdades de gênero, raça, cor e religião dos sujeitos de direito, a norma jurídica funcionaria como uma espécie de artifício na promoção das igualdades, tornando mais iguais os desiguais. Os seres humanos seriam igualados quanto à sua natureza e essência e desigualados pela sua contingência humana e social.<sup>381</sup>

---

<sup>373</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. Em A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto (organizador). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50.

<sup>374</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos**, p. 51.

<sup>375</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos**, p. 51.

<sup>376</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos**, p. 44.

<sup>377</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais**, p. 44.

<sup>378</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais**, p. 44.

<sup>379</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais**, p. 57.

<sup>380</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 49.

<sup>381</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 28.

O Direito, como hino dos conservadores, lido palavra por palavra, nada diz<sup>382</sup> porque a igualdade no direito é a arte do homem, por isso o princípio jurídico da igualdade é mais legítimo quanto mais o seu conteúdo se aproximar da ideia de justiça, na qual a sociedade acredita, pautada na história e no tempo.<sup>383</sup> As famílias são historicamente plurais, nesse sentido os textos legislativos não acompanham o desenvolvimento social da família. Sequer o Código Civil atualizado em 2002 acompanhou.<sup>384</sup> De sorte que uma adequada aplicação dos princípios permite atingir-se os ditames da justiça, moralidade e equidade<sup>385</sup> dando legitimidade ao direito.

Do que até aqui se desenvolveu, percebe-se que, quanto ao direito de família, não foram as leis que acompanharam o desenvolvimento da sociedade, pelo contrário, funcionaram até aqui como limitadores morais indevidos. Como consequência, diversas realidades nacionais foram expostas e tratadas pelo judiciário. Talvez essa dinâmica não represente um modelo ideal de jurisdição constitucional, mas é a realidade que se tem e para a qual as considerações aqui expostas se destinam. Talvez devesse a legislatura servir melhor ao espírito da sociedade, entretanto, a omissão do legislativo é também uma ausência de proteção ao sujeito e uma clara negação de direitos, uma forma de obstar o acesso à justiça e a políticas públicas inclusivas efetivas.

O texto em construção se propõe a falar das famílias plurais e do seu direito de serem plurais. Serve, como absoluta reação à tentativa normativa de fazê-la caber, novamente, em modelagem diminuta. Não parece correto, em termos de direitos fundamentais das famílias plurais, defender-se uma autocontenção judiciária porque importaria em desrespeito aos sujeitos, razão e motivo de ser do ordenamento jurídico.

Para Dworkin, os princípios são diferentes das regras porque não advêm de uma atividade racional e deliberada do legislador, mas se desenvolvem lenta e concretamente na sociedade, segundo os seus critérios de moralidade política e fidelidade.<sup>386</sup> Nesse particular, tratou o STF de reconhecer, à luz da principiologia constitucional, a extensão dos modelos de família, a existência dos valores da

---

<sup>382</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 140.

<sup>383</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípio constitucional da igualdade**, p. 28.

<sup>384</sup> FACHIN, Luiz Edson. **“O modelo de direito de família está desatualizado”**. Entrevista concedida ao jornal O Globo em 18. jan. 2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/fachin-defende-modernizacao-em-temas-como-familia-dados-pessoais-do-codigo-civil-25357534>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

<sup>385</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 217.

<sup>386</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 217-225.

afetividade e da felicidade<sup>387</sup> como característicos da entidade familiar brasileira.<sup>388</sup> Fato é que a Constituição trouxe luz aos princípios, tornando-os fundamentais e a partir deles é que o direito de família rompe com velhos conceitos e se abre ao novo.

## 2.2 O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ESTRUTURA DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

A história constitucional brasileira é marcada por instabilidades políticas, golpes de Estado, regimes ditatoriais e negação sistemática dos direitos fundamentais.<sup>389</sup> Veja-se inicialmente que a Constituição de 1937, tida por uma Carta Ditatorial, tratou a família como instituída pelo casamento indissolúvel e protegida pelo Estado. Nela, a educação dos filhos cabia aos pais com o auxílio do Estado e havia a igualdade da filiação natural com a legítima. Além disso, deu proteção do Estado à infância e à juventude, abrindo a possibilidade de arguição de abandono moral à lesão desses direitos.<sup>390</sup> Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o declínio dos governos

---

<sup>387</sup> Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, §3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, §4º, CRFB) Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, §6º, CRFB) 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, §3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, §4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, §6º). (RE 898060, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-187 Divulg 23-08-2017 Public 24-08-2017)

<sup>388</sup> A súmula 364 do STJ inclui nesse rol as famílias *single*, composta pelos solteiros por convicção.

<sup>389</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 126.

<sup>390</sup> BRASIL. Constituição dos estados unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. “Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará em falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a

ditatoriais, em 1945 convocou-se no Brasil eleições presidenciais e parlamentares. No entanto, as Forças Armadas brasileiras derrubaram o Estado Novo, cabendo ao Presidente do STF, José Linhares, a função da transição democrática.<sup>391</sup>

Já a Constituição seguinte, 1946, em matéria de direito de família é mais conservadora que as Constituições de 1934 e de 1937 porque, dentre outras, excluiu a igualdade entre filhos naturais e legítimos.<sup>392</sup> Com o golpe militar de 1964 e a instituição do Ato Institucional nº 1 a Constituição de 1946 é alterada<sup>393</sup> pelas edições de 1967 e de 1969 que são consideradas verdadeiras constituições ditatoriais e, portanto, carentes de força normativa,<sup>394</sup> uma vez que se constituídas em instrumentos formais de legitimidade do poder político estabelecido.<sup>395</sup>

A emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, reforma parte do texto Constitucional, não em atenção às necessidades e valores instituídos pela sociedade, mas por ser o decreto magno do autoritarismo e da discricionariedade.<sup>396</sup> Somente com a emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, é que a dissolubilidade do casamento foi aprovada,<sup>397</sup> embora já fosse parte de uma luta da sociedade brasileira daquela época. Coube à emenda constitucional nº 11, após longo período de violações a direitos da família, dar início ao processo de redemocratização do país. A emenda constitucional nº 26, de novembro de 1985, por sua vez, dá início aos trabalhos de confecção da Constituição que viria a ser promulgada em 1988 e que representa um marco na história pátria.

Ao paradigma constitucional de 1988 importava estar em compasso com os fatos sociais, uma vez que antes dela muitas questões do direito de família eram

---

subsistência e educação da sua prole. \_\_\_\_\_ Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>391</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

<sup>392</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de Família e a sua organização jurídica**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte. IBDFAM. 2016. p. 43-45.

<sup>393</sup> BRASIL. Ato Institucional nº. 1, de 9 de abril de 1964. \_\_\_\_\_ Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>394</sup> “[...] A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas foram efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 19.)

<sup>395</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 126.

<sup>396</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1991. p. 430.

<sup>397</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de Família e a sua organização**, p. 43-45.



tratadas injustamente e em descompasso com os valores morais da sociedade. Desse modo, a moralidade da sociedade de 1988 não seria a mesma da moralidade de 1916 e nessa travessia muitos direitos morreram pelo caminho, mulheres apartadas injustamente dos seus filhos por força construções normativas que privilegiavam o patriarca. Filhos biológicos, considerados ilegítimos, preteridos na esfera da patrimonialidade. Famílias recompostas marginalizadas e novas famílias alijadas do direito de serem plurais, do direito ao afeto, dos direitos sociais e dos efeitos sociais dos direitos. Adastadas dos seus direitos patrimoniais e sucessórios, dos direitos de personalidade e cidadania e do direito de pertencer dignamente a uma mesma entidade.

O Preâmbulo da Constituição de 1988 destaca como promessa constitucional a edificação de uma sociedade plural, justa, sem preconceitos e com a extrema valorização da dignidade humana.<sup>398</sup> No seu âmago a Constituição Federal de 1988 elege valores sociais dominantes como fundamentais<sup>399</sup> e consolida a evolução axiológica do direito de família, organizando-a juridicamente. A família funcionalizada<sup>400</sup> é, então, mecanismo de realização pessoal e social, fundada no valor do afeto. Todavia, o projeto constitucional “não está concluído e nunca estará” porque a dinâmica jurídica e social está fora do alcance da positivação.<sup>401</sup>

“A Constituição de 1988 ao dispor pioneiramente sobre o conceito de família, permitiu que fosse ampliada também a comunidade de intérpretes da lei. Pluralizou o debate e ampliou as frentes de inovação legal e social. Ela

<sup>398</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. (Preâmbulo da CFRB. \_\_\_\_\_ Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>399</sup> FLOREZ-VALDÉS, Arce y. **Los pricipios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990. p. 13. in: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38.

<sup>400</sup> Para Fachin, na travessia da estrutura para a função diversos institutos jurídicos foram redesenhados, dentre eles o casamento. Igualdade, liberdade e fraternidade foram redesenhadas com isso a “emancipação dos sujeitos”, “a redescoberta das questões de gênero” e “os direitos sexuais e reprodutivos” fizeram surgir demandas democrática e republicanas que trouxeram a necessidade de “responder não apenas à igualdade na diferença, mas sim a diferença dentro da própria diversidade”. No espaço do casamento, saiu a submissão e entrou o espaço de liberdade substancial e de solidariedade real. A necessidade abriu espaço ao desejo e formou o “necejo” (necessidade mais desejo). FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 31.

<sup>401</sup> GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. **Famílias no Armário: parentalidade e sexualidades divergentes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 55.

tornou-se uma forma de expressão e o afeto, o elemento básico dessa relação social. A família como garantia institucional fundamental, vem expandindo seu âmbito de proteção para uma sociedade cada dia mais complexa, mais plural e inclusiva, de modo que, sensível às mudanças dos tempos, a Constituição da República aproximou o conceito social de família de seu conceito jurídico. A Constitucionalização do direito civil promoveu assim abertura do Código para dinâmicas sociais mais livres e abertas. Pendo que é um erro imaginar que essas alterações foram feitas em um vácuo: elas são reflexos de mudanças sociais tectônicas”.<sup>402</sup>

Assim, a Constituição de 1988 tornou possível o nascimento de uma família que se propõe, paulatinamente, menos hierarquizada, porque permeada pelos valores de liberdade de escolha e de igualdade entre os seus. Nesse contexto, filhos tem os mesmos direitos e qualificações, sendo vedada qualquer discriminação.<sup>403</sup> Nela, homem e mulher tem, formalmente, os mesmos direitos e as mesmas liberdades. Constituindo-se em um direito que deveria ser inenarravelmente igual a todos e a qualquer um.<sup>404</sup> A Constituição é, então, um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, onde estão centralizados a justiça e a realização dos direitos fundamentais.<sup>405</sup>

Através dos princípios constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º II e III CF), introduziu-se a igualdade de filiação, a igualdade entre homem e mulher nas relações conjugais e a derrocada do casamento como única forma de Constituição de família. Já o artigo 5º coroa a igualdade de todos os homens perante a lei,<sup>406</sup> sem qualquer distinção, respeitando as Declarações Fundamentais dos Direitos do Homem constantes na Declaração da ONU, no Pacto de São José da Costa Rica em tantas outras declarações as quais se vincule.

<sup>402</sup> FACHIN, Luiz Edson. “**O modelo de direito de família está desatualizado**”. Entrevista concedida ao jornal O Globo em 18. jan. 2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/fachin-defende-modernizacao-em-temas-como-familia-dados-pessoais-do-codigo-civil-25357534>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

<sup>403</sup> BRASIL. CRBF Artigo 227, 6º. “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

<sup>404</sup> BRASIL. CRBF Artigo 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.”

<sup>405</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel Dos Princípios no Direito Brasileiro**. Revista da EMERj, v. 6. n. 23, 2003. p. 33 Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>406</sup> BRASIL. CRBF. “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.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2022.

Então, no Brasil, os princípios constitucionais serviram para tornar o direito mais inclusivo. Através deles importantes leis foram instituídas no ordenamento jurídico e serviram especialmente ao giro do Direito. Citam-se dentre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Estatuto do Idoso e a Lei da Investigação de Paternidade e a própria Lei Maria da Penha, todos decorrentes de acordos internacionais firmados e referendados pelo Brasil. Na esteira da constitucionalização do direito vieram, por exemplo, o reconhecimento da União Estável e a possibilidade de doação de sangue<sup>407</sup> de forma extensiva a todos os cidadãos independentemente de suas orientações sexuais. Com ela, caíram as máscaras da promiscuidade moral. Não há, formalmente, problema em ser diferente do padrão “hétero” predominante.

A partir dela, a nova Lei da Adoção pôde avançar em pautas relativas à igualdade de gênero. Do mesmo modo que, por sua causa, a legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil e Código Civil) precisou ser atualizada. Portanto, fica claro que além de reescrever o direito de família, a Constituição incorporou valores normativos e comandos precisos que passaram a informar o Direito após 1988, de modo que os conflitos sociais e humanos devem ser resolvidos à luz dela própria.<sup>408</sup> A origem dessa transformação está, em maior medida, em cartas compromissórias que refletem sociedades plurais, pactos peculiares que preveem valores materiais e conteúdos difusos, como justiça social e dignidade humana, tal qual a Constituição brasileira, modelo de documento que contempla interesses políticos diversos e direitos que podem colidir entre si.<sup>409</sup>

Para além disso, a Constituição de 1988 é símbolo de ruptura de um “Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito” com vista a garantir, em especial, “direitos e liberdades”. Isso como fruto do trabalho de um Congresso Nacional com poderes constituintes e a participação da sociedade civil, representada por emendas populares e presença do povo nas sessões constituintes.<sup>410</sup> É uma Carta de direitos que se apresenta plural, fruto da racionalidade de um congresso plural em forças e

---

<sup>407</sup> OLIVEIRA, Joana. **Em decisão histórica, STF derruba restrição de doação de sangue por homossexuais. Maioria dos ministros votou por tornar inconstitucional a proibição e considerou as regras da Anvisa e do Ministério da Saúde discriminatórias.** El País. São Paulo, 2020.

<sup>408</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de Família e a sua organização**, p. 46.

<sup>409</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação**, p. 51.

<sup>410</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 126.

ideologias, de uma sociedade igualmente plural, representada em centenas de artigos, dotados de conteúdo e valores, que retratam não apenas os valores dominantes da época, mas estruturam o desenvolvimento futuro desta mesma sociedade.

Com o advento constitucional, houve uma “elevação de institutos de vários ramos do direito ao patamar constitucional” dentre eles apontam-se o direito administrativo, tributário, econômico, penal, processual, de família, da criança e do adolescente.<sup>411</sup> Logo, a partir dela houve uma expansão dos espaços de atuação do STF, já que um ângulo maior de conflitos pôde envolver um tema constitucional.<sup>412</sup>

A Constituinte, no Brasil, foi influenciada pelos ideais do dirigismo constitucional,<sup>413</sup> de modo que a Constituição, sem pretender se adonar das funções políticas,<sup>414</sup> representa esse espírito transformador da realidade social do dirigismo e atribui, em matéria de direitos fundamentais, uma responsabilidade ativa dos órgãos estatais, responsáveis pela execução de políticas públicas<sup>415</sup> efetivas. Então, poderia se pensar que eventual excesso do poder legislativo, era uma preocupação da Constituinte.<sup>416</sup> Considere que:

[...] Em suma, o debate sobre o eventual “excesso de poder legislativo” em virtude da possibilidade dos fins constitucionais serem menosprezados ou até substituídos. De acordo com sua proposta, a concretização das “imposições constitucionais” (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação, como da direção política. Ou seja, Canotilho procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição. A questão das “imposições constitucionais” não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição.<sup>417</sup>

<sup>411</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 127.

<sup>412</sup> LEITE pontua que uma desconstitucionalização de matérias, hábeis a tornar a Constituição brasileira mais concisa, não necessariamente reduziria o espaço de atuação da Corte constitucional, devolvendo ao Poder Legislativo a sua legitimidade. Explica que isso não significaria uma Corte deferente ao legislativo. E dá como exemplo a Suprema Corte americana, com Constituição extremamente concisa, e ampla atuação. (LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 127-128).

<sup>413</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, 2. ed. Coimbra: Coimbra ed. 200-. p. 13-14.

<sup>414</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/?lang=pt>>. Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>415</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 128.

<sup>416</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**.

<sup>417</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**.

O que não se afigurava sem razão, já que o histórico constitucional pátrio é deveras instável. Por isso, a Constituição brasileira confere, já no seu artigo 5º, a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, vinculando, assim, todas as autoridades estatais aos direitos fundamentais.<sup>418</sup> A Constituição pressupõe direitos efetivos - e não meramente formais - para todos, sem qualquer distinção. Em consequência, a violação, por ação ou omissão, desse agir estatal em favor dos direitos fundamentais seria passível de controle de constitucionalidade judicial, o que igualmente amplia a esfera funcional de atuação dos ministros da Corte Constitucional.

Convencionou-se no capítulo anterior, que direitos fundamentais seriam aqueles direitos formalmente elencados nos artigos 5º a 17 da Constituição brasileira. Ocorre que na Constituição brasileira há uma abertura para reconhecimento de direitos fundamentais não expressos explicitamente, acrescentando ao rol aqueles que decorram do regime e dos princípios por ela adotados e os provenientes de tratados internacionais<sup>419</sup> (direitos humanos) firmados<sup>420</sup> que compõem um bloco de constitucionalidade com centralidade nos direitos fundamentais e humanos.<sup>421</sup> Portanto, a própria Constituição abre outras fontes normativas, dando taxatividade ao rol de direitos fundamentais. De regra, o desenho constitucional brasileiro ampliou a partir de 1988, o espectro de atuação do Poder Judiciário.

A Constituição é, por opção do legislador constituinte, substancial e programática, dotada de amplo rol de direitos abertos e de direitos e garantias fundamentais, que extrapolam os mecanismos de representação político-democrática.<sup>422</sup>

A democracia estabelecida na Constituição de 1988 não pode ser considerada como mero resultado de um procedimento eleitoral, mas como democracia substantiva que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, nas suas dimensões da igualdade e da liberdade. Destaca Souza Santos que o esquema de autorização via representação facilita o exercício da democracia, porém dificulta a representação

---

<sup>418</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 129.

<sup>419</sup> Emenda Constitucional n. 45 de 2004, veio em reforço ao artigo 5º. §2º., acrescentando o §3º. Ao texto da Constituição, permitindo que tratados internacionais e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, pela Câmara do Congresso Nacional e pelo Senado Federal, em dois turnos e por três quintos dos votos, equivalerão a emenda constitucional.

<sup>420</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 101.

<sup>421</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 129.

<sup>422</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 130.

de múltiplas identidades que acabam por ficar à sombra da identidade da maioria representativa.<sup>423</sup> A democracia não pode ser entendida, então, apenas quanto a esquemas de representação, mas como espaço público dialógico, na medida em que uma estreita comunicação entre o privado e o público resultaria em um consenso melhor para todos. Nesse sentido posiciona-se Habermas:

Em vez do jogo de soma zero entre os espaços de iniciativa dos sujeitos de ação privados e os dos sujeitos de ação estatais aparecem as formas de comunicação mais ou menos incólumes das esferas privadas e públicas do mundo da vida, por um lado, e do sistema político, por outro.<sup>424</sup>

A democracia não é, portanto, somente o governo da maioria, na medida em que representa apenas as maiorias eventuais,<sup>425</sup> inservível para atender as justas necessidades dos minoritários. Ocorre que o *design* constitucional brasileiro exige que também a voz dos excluídos seja ouvida - especialmente quando se fala de direitos fundamentais, de modo que, na democracia brasileira, devem coexistir, isonomicamente, tanto os direitos das maiorias quanto devem ser assegurados os direitos das minorias. Nesse ponto é que democracia e constitucionalismo se tencionam, já que conseqüentemente esse limita, em certa medida, a liberdade deliberativa daqueles que foram eleitos pelo povo para representá-los legislativamente.<sup>426</sup> Taylor afirma que:

É lugar comum o argumento de que um Judiciário que funcione bem serve de contrapeso aos outros poderes governamentais, provendo garantias para a separação entre os poderes e para a proteção das minorias...No entanto, o judiciário é inerentemente passivo e precisa ser acionado por atores externos para que tenha qualquer efeito. Por isso, o grau com que o judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre as forças ou instituições políticas dependem não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões de disputas políticas.<sup>427</sup>

---

<sup>423</sup> SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. **Democratizar a democracia: caminhos da democracia participativa**. In: **Introdução: para ampliar o cânone democrático**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 49.

<sup>424</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 2010. p. 491.

<sup>425</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.

<sup>426</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e**, p. 24.

<sup>427</sup> TAYLOR, Mathew M. **O Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. p. 231.

Some-se a isso a crise do legislativo e o crescimento do papel do executivo na edição de normas,<sup>428</sup> o que acaba por produzir atos normativos que contém cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.<sup>429</sup> O que significa que não apenas o espaço destinado ao intérprete jurídico se modificou, como também os espaços dos outros poderes.<sup>430</sup> É que o constitucionalismo democrático contemporâneo reconhece a força normativa da Constituição, bem como a importância por ela atribuída aos direitos fundamentais. De outro ângulo, reconhece a superação do dogma da infalibilidade do direito legislado; da supremacia política dos parlamentos enquanto aquele que vocaliza a vontade da maioria e da visão de que textos constitucionais, enquanto documentos políticos, seriam insuscetíveis de aplicação direta pelos órgãos judiciais.<sup>431</sup>

Embora a crítica recaia a mais das vezes sobre a proeminência do poder judiciário, é possível compreender que a Constituição potencializou as instituições dos sistemas de justiça, “atribuindo ao guardião constitucional a responsabilidade pelo cumprimento das promessas constitucionais”.<sup>432</sup> Tanto é verdadeiro que, em seu artigo 102, a Constituição amplia e dá competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar originariamente ações com prerrogativa de foro, competências recursais e de proteção da Constituição.<sup>433</sup> É, portanto, diferentemente das Cortes europeias, última instância do Poder Judiciário.<sup>434</sup>

---

<sup>428</sup> [...] Os regulamentos são, como as leis, normas gerais e abstratas; mas, diferentemente das leis, sua produção costuma ser confiada ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma de suas funções é integrar leis demasiado genéricas, que contém apenas diretivas de máxima e que não poderiam ser aplicadas sem ser ulteriormente especificadas. É impossível que o Poder Legislativo emane todas as normas necessárias para regular a vida social: limita-se, então, a emanar normas genéricas, que contém apenas diretivas, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis. A mesma relação existe entre normas constitucionais e leis ordinárias, que às vezes podem ser consideradas, como os regulamentos executivos, diretivas de máxima contidas na Constituição. À medida que se sobe na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas. (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo. Martins Fontes, 2010. p. 203-204).

<sup>429</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**, p. 52.

<sup>430</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**, p. 52.

<sup>431</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição**. *Revista do Instituto de Hermenêutica jurídica*. RIHJ. Belo Horizonte, a.13, n.17, jan./jun. 2015. p. 37.

<sup>432</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 130.

<sup>433</sup> BRASIL. CRBF. Artigo 102 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Disponível em: Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>434</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 130.

No Brasil, o texto constitucional de 1988 atribuiu ao STF as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, acentuando o seu papel político através das emendas 3/1993 e 45/2005, bem como pelas leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, tornando-a uma Corte sem precedentes históricos”.<sup>435</sup> No entanto, quer parecer que essa proeminência do STF, nos processos político-decisórios quando a atuação do Poder Executivo ou Legislativo se mostram falhos ou insuficientes, reflete um novo perfil de interação entre os poderes.<sup>436</sup> O que significaria que há a superação da imagem de uma Corte deferente ao legislativo em questões políticas, para aproximá-la a uma Corte sensível ao ambiente em que atua. O que não significa, por sua vez, dizer que essa Corte, necessariamente, decida politicamente.<sup>437</sup> De modo que nem o acúmulo de funções ou competências retira do Supremo o dever de assegurar ao sujeito, centro do ordenamento jurídico, a proteção dos direitos fundamentais conquistados.

Há, portanto, uma concessão do legislativo em favor do judiciário para que, em alguns casos, produza norma que supra as lacunas e as omissões deixadas. E não raras vezes, no âmbito do Direito de Família, o judiciário atua a partir dos princípios e dos valores de liberdade e igualdade que fundam a Constituição. A teoria do direito e a história do direito se desenvolvem a partir dos contextos sociais, nos quais o direito está presente como forma de agir e também como forma de alimentar a administração da justiça e a dogmática jurídica. A interpretação do direito sempre se constitui de uma forma de vencer os fenômenos sociais havidos.<sup>438</sup>

---

<sup>435</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, a. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 444. Esse autor faz uma importante crítica ao consequencialismo por vezes adotado pelos ministros do STF, ao argumento de que, a função de exercício do poder, de criação de regras, em uma democracia deveria ficar restrita a órgão representativo, submetido a controles democráticos. Veja-se: “Para os que leram meu artigo ou conhecem os meus trabalhos, é bastante claro que desde muito cedo me convenci que não cumpre ao Judiciário tomar decisões a partir de uma *ética de resultados*, para utilizar a linguagem de Max Weber, *consequencialista*, para usar os termos dos utilitaristas, ou mesmo *populista*, em homenagem ao clamor das ruas. O que cabe aos juízes é tomar decisões a partir da melhor interpretação possível da Constituição. Isso decorre não apenas do sistema de separação de Poderes delineado pela nossa Constituição, mas também da convicção de que num regime democrático só deve tomar decisão política quem houver sido escolhido para essa tarefa e puder ser punido pelo eleitor caso este julgue que seu representante não tomou a decisão correta. Juízes não são eleitos pelo povo para que possam fazer escolhas políticas enquanto seus representantes nem podem ser afastados se suas escolhas não agradam aos eleitores. Isso não significa que muitas decisões judiciais não tenham dimensão política ou econômica relevantes que devam ser consideradas, mas a razão peremptória para tomá-las sempre deverá ser jurídica. <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>) Argumento com o qual esta pesquisa não se coaduna.

<sup>436</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 108.

<sup>437</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 108.

<sup>438</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. p. 469.



Essas considerações ficam bastante evidentes em Habermas que entende que desde os primeiros códigos do século XVIII, a dogmática jurídica se esforça por reduzir o direito e a jurisprudência aos textos escritos. Na mesma medida em que, por uma abstração generalizante, pretende afastar a perspectiva do julgador da decisão dada ao caso concreto.<sup>439</sup> De um modo geral, em países democráticos, o Poder Judiciário tem atuado mais e com mais intensidade, inclusive em pautas políticas.<sup>440</sup> Assim, são submetidas ao judiciário (cada vez mais) questões de natureza política, moral ou econômica, cabendo a interpretação da Constituição aos onze ministros, não eleitos democraticamente, da Suprema Corte brasileira.<sup>441</sup> Nesse contexto, é peculiaridade do sistema constitucional brasileiro a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em detrimento do parlamento.

Para muitos, é consequência da expansão do mercado global, já que aos investidores, “os tribunais seriam as vias mais confiáveis para que se garanta a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade que os legisladores democráticos, especialmente em ambientes de pautas populistas.<sup>442</sup> Outros consideram que o fenômeno decorre de uma “retração do sistema representativo<sup>443</sup> e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático” presente nas constituições contemporâneas.<sup>444</sup> No entanto, ainda que as proposições supra sejam evidentes, a expansão da autoridade se dá como consequência das constituições rígidas, dotadas de controle de constitucionalidade, que, “desconfiadas do legislador”, impõem ao judiciário a “função última” de guardião da Constituição.<sup>445</sup>

---

<sup>439</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**, p. 469.

<sup>440</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, p. 442.

<sup>441</sup> Ao STF recaem críticas quanto a ausência sua de legitimidade democrática para definir o conteúdo dos direitos fundamentais e para julgar questões que envolvam a efetividade dos direitos fundamentais sociais, decisões políticas, de alocação de recursos públicos, portanto, apartadas da sua competência. Embora tais questões sejam melhor dialogadas no último capítulo desta dissertação, por ora cumpre esclarecer que para BARBOZA e KOZICKI tais críticas não conseguem evitar a possibilidade de a jurisdição constitucional envolver julgamento de valores substantivos. O que demonstraria que julgamentos substantivos pelo judiciário não estão a ofender, de modo algum, o princípio democrático. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e KOZICKI, Katya. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/estefania\\_maria\\_de\\_queiroz\\_barboza.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf)>. Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>442</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, p. 442.

<sup>443</sup> Afirma VIEIRA que ao suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas acentuaria a crise da democracia. Nesse sentido: GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa, 1996.

<sup>444</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, p. 443.

<sup>445</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, 2001.

Com o advento de uma Constituição dirigente em 1988 o constitucionalismo brasileiro começou a se fazer oxigenar não apenas pelo texto normativo da Constituição, mas pelos avanços produzidos no continente Europeu. No direito constitucional vozes como as de Canotilho<sup>446</sup> foram ouvidas, de forma que o próprio texto constitucional trouxe a necessidade de uma análise substancial das leis, e a Constituição passou a ser um meio de direção e uma forma racionalizada de política.<sup>447</sup>

A Constituição é primeiramente contramajoritária<sup>448</sup> e serve para evitar a predominância de ideias e interesses de maiorias circunstanciais. Ser um Estado Democrático de Direito significa dizer que se é uma reconstrução evolutiva das formas anteriores de Estado, com vistas para um futuro de realização de direitos fundamentais de igualdade, liberdade e justiça social. “[...] “a concepção de Constituição dirigente ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito”.<sup>449</sup> Uma Constituição dirigente impõe ao Estado a realização do déficit social pelo poder judiciário que assume um papel transformador da realidade e efetivador de uma igualdade substancial, cabendo à jurisdição constitucional não apenas assegurar os direitos previstos na Constituição, mas controlar os atos do Estado.<sup>450</sup>

Este aumento da amplitude normativa da Constituição deixou de ser ferramenta de sistematização para servir de instrumento de realização social, trazendo consigo a possibilidade de acesso à justiça e a tutela de direitos e interesses individuais, difusos e coletivos de sorte que há a necessidade de uma prestação jurisdicional que observe a pluralidade social e que a trate com igual consideração e respeito. Todavia, é um “mito” afirmar que seja a Corte Suprema um tribunal de correção (cassação ou revisão) das instâncias originárias. É função da Corte Constitucional dar sentido adequado ao texto legal, diante de situações fáticas, em

---

<sup>446</sup> Constituição dirigente como “força actuante do direito constitucional”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, 2. ed. Coimbra: Coimbra ed. 2001.

<sup>447</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, p. 27.

<sup>448</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. p. 444.

<sup>449</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Ainda faz sentido a Constituição dirigente?** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, v. 1, n. 6. 2008. p. 151.

<sup>450</sup> SCHALANSKI, Mariana; BERGER, Santiago Artur Sito. **O solipsismo nas decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica**. Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica, Brasília, v.3, n.1, p. 20-39 jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/2171/pdf>>. Acesso em: 23 maio 2021.

um determinado momento histórico.<sup>451</sup> Compreende-se, portanto, que o STF deve ter em vista seu papel constitucional e também o de que o direito só se aproximará do ideal de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional, de acordo com os princípios gerais do Direito<sup>452</sup> e com os princípios específicos e particulares do direito de família.

Em vista das peculiaridades constitucionais brasileiras e diante de uma judicialização institucionalizada de conflitos morais, seria relevante entender a atuação das Cortes constitucionais em matéria de proteção dos direitos fundamentais, que estariam sendo postos à prova por uma moralidade (reativa) imposta, não por movimentos religiosos puros, mas pela associação desses movimentos (evangélicos e católicos) com forças políticas e discursos de ódio. Nesse ponto pode-se dizer que há um conflito entre constitucionalismo e religião. Em democracias constitucionais, embora haja uma supremacia da Constituição e do próprio controle de constitucionalidade, a religião tomou o centro do debate público ao redor do mundo e é causa de conflitos e fonte de solidariedade transnacional.<sup>453</sup>

Entretanto, sendo o Brasil um Estado laico, que preza pela pluralidade e defende a alteridade como valor fundamental, a imposição de uma moralidade religiosa destoaria da própria essência da comunidade, e, portanto, não pode ser admitida em textos normativos sob pena de sua inconstitucionalidade. Resta, também nesse segmento, uma maior intervenção do Poder Judiciário. Vê-se, então, que é da “cultura democrática brasileira” uma projeção do papel do juiz em “quase todos os aspectos da vida social”, que cada vez mais, ocupam espaços tradicionalmente ocupados por entidades especializadas da política e de controle e regulação societária, o que longe de significar ambições de poder por parte do judiciário, aponta para processos mais complexos e permanentes”.<sup>454</sup>

Para além do desenho constitucional, da amplitude das matérias constitucionais, dos direitos fundamentais e do fortalecimento institucional do STF,

---

<sup>451</sup> “[...] Tendo-se em conta que a função do judiciário é a de dar sentido à lei, de acordo com a evolução das necessidades sociais e tendo em conta a concretude do caso. Essa função é, não a de correção decisória, mas a de dar unidade ao direito. Função de definição do sentido adequado do texto legal, diante da realidade fática de um dado momento histórico. Dela decorre a necessidade de estabilidade e, portanto, vinculativa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas – precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed São Paulo, RT, 2017. p. 18)

<sup>452</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 2.

<sup>453</sup> HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. **Competing Orders?** p. 426.

<sup>454</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2. p. 39.

pode-se dizer que o constitucionalismo<sup>455</sup> e a distribuição do poder político também são peculiaridades do sistema constitucional no Brasil. Como constitucionalismo entende-se a constitucionalização dos direitos fundamentais e dos conteúdos morais que ocupariam, agora, o ápice da hierarquia jurídico-normativa do ordenamento jurídico.<sup>456</sup> A passagem de um Estado de Direito liberal para o Estado Constitucional, com a consequente superação do positivismo jurídico, uma vez que a partir da Constituição de 1988 diversos conteúdos morais foram incorporados ao direito.<sup>457</sup>

Em consequência, a “justiciabilidade” desses direitos que, então, contam com a proteção dos Tribunais constitucionais. O que por sua vez modifica tanto a tarefa legislativa quanto a judicial, vez que a atividade legislativa passa por uma “erosão”, já que limitada não apenas por normas formais, mas, por conteúdos substantivos.<sup>458</sup> O que de igual modo transborda dos esquemas positivistas de subsunção do fato à norma.

Não se mostraria adequado tratar do fenômeno como se fosse império da Constituição. Antes ao contrário, parece mais adequado pensar-se mesmo no império do direito, visto que o direito é um construto interpretativo de normas (implícitas e explícitas), moral e politicamente aplicáveis a um determinado caso concreto e aceito por uma dada comunidade em um tempo histórico. Nesse sentido, corrobora-se com a compreensão de que a constitucionalização do direito intensifica a atuação dos tribunais constitucionais, porque “toda decisão legislativa” já estaria em certa medida

---

<sup>455</sup> Opta-se, sem haver debruçado estudos suficientes a compreensão da distinção, pelo uso do constitucionalismo como representação dessa mesma travessia e do apogeu da Carta constitucional. Não se desconhece, no entanto, que parte da doutrina nacional atribui ao fenômeno do constitucionalismo a denominação neoconstitucionalismo. Apontado que para além de limitar o poder estatal, através da garantia de direitos, limitação do governo e separação de poderes por meio do sistema de freios e contrapesos o novo constitucionalismo se aplicaria a um Estado Constitucional Democrático de constituições garantistas, caracterizado pela supremacia da Constituição. A Constituição de 1988 teria feito a travessia entre um Estado autoritário para um Estado democrático de direito. Com isso assegurado o mais longo período de estabilidade institucional da história brasileira. Trazendo um sentimento constitucional ao país. (BAROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. \_\_\_\_\_ Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constituicao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constituicao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>456</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 136.

<sup>457</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. \_\_\_\_\_ Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>458</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 136.

“pré regulada” pelo controle de constitucionalidade. Não haveria, então, questão política para afastá-lo.<sup>459</sup>

Outra peculiaridade do sistema constitucional brasileiro é a fragmentação partidária presente no modelo de governo do presidencialismo de coalizão, na medida em que os partidos minoritários conduzem questões políticas para a apreciação do Poder Judiciário, quando não houve a formação de um consenso nas instâncias originárias,<sup>460</sup> favorecendo a judicialização da política.<sup>461</sup>

O presidencialismo de coalizão é próprio da realidade institucional brasileira, “não existe, nas liberais-democracias mais estáveis, um só exemplo de associação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo”.<sup>462</sup> É que no Brasil, o modelo político-institucional caracteriza-se pelas alianças que o chefe do poder executivo, principal ator político, faz com as “casas legislativas” para a aprovação de sua agenda política.<sup>463</sup> É essa “base aliada” que garante a “aprovação dos projetos legislativos responsáveis pela implementação do programa vencedor das eleições presidenciais”.<sup>464</sup> Como consequência, a governabilidade.

Entretanto, em momentos de tensionamento social, de crise política, de frágil relação entre Poder Executivo e Poder Legislativo, duas consequências sobressaem: a maior atuação do Judiciário<sup>465</sup> e a corrupção.<sup>466</sup> Diz-se isso porque, embora coalizão pressuponha a existência de um programa político de governo comum com as

<sup>459</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 139.

<sup>460</sup> Para um estudo mais apurado da realidade brasileira, nesse ponto sugere-se a Leitura de VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de...*, p.66-69, onde é possível ler “[...] é importante constatar ainda que, entre as 393 ADINS contra o executivo e o legislativo federais, nada menos que 274 (69,7%) foram propostas pela esquerda, em forte evidência da adoção das ADINS como mecanismo de defesa das minorias políticas em face da maioria esmagadora do presidencialismo de coalizão, que caracterizou sobretudo os dois períodos FHC”.

<sup>461</sup> ABRANGES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional brasileiro**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 31. n. 1. 1988. p. 19. \_\_\_\_ Disponível em: <<https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>462</sup> ABRANGES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão**.

<sup>463</sup> FAGUNDES, Adriana de Souza; VERBICADO, Loiane Prado. **O presidencialismo de coalizão e sua influência na judicialização da política brasileira**. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo, v. 11. n. 2. jul./dez. 2017.

<sup>464</sup> MACEDO, José Arthur Castillo de. **Encruzilhadas do Federalismo**. Acervo Digital da UFPR. Curitiba. 2018. p. 117.

<sup>465</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 204.

<sup>466</sup> FONTE: <

coligações partidárias, formando um bloco coeso de intenções e valores<sup>467</sup> o que se vê, inclusive das reportagens citadas, é que no Brasil as coligações não partem de um fio condutor comum, mas de uma troca de “favores” muito mais individuais e discricionários que coletivos e ideológicos.

A coalizão ensinaria, no entanto, uma aproximação do presidencialismo com o parlamentarismo, ante a necessidade de promoção de consensos de governabilidade.<sup>468</sup> Com a diferença de que, em momentos de crise política e paralisia decisória, o presidente se mantém ativo, não podendo ser destituído pelo parlamento, em homenagem à separação dos poderes. E, em períodos de crise política ou mesmo diante de períodos de autoritarismo e supressão de direitos, ainda que celebrados pelas “casas legislativas”, haveria a “transferência das principais decisões democráticas ao Poder Judiciário”.<sup>469</sup> O constitucionalismo serviria em oposição à discricionariedade, a negociação de interesses, típica da política.<sup>470</sup>

No *design* constitucional brasileiro, parece ser recomendável a limitação deste hiperpresidencialismo, que possibilita uma alta concentração de poderes da ditadura, por um judiciário que, sem se afigurar em um poder discricionário, possa ser forte o suficiente para promover a defesa da democracia e dos mais vulneráveis. No entanto, é sobre esse ponto que recaem as críticas a um protagonismo judicial, pelo fato de que, por não serem eleitos democraticamente, juízes não poderiam decidir questões políticas, senão pela violação das regras do jogo e invasão de competências dos outros poderes. Trata-se de tensionar constitucionalismo e democracia a partir da teoria procedimental da democracia,<sup>471</sup> todavia, essa teoria não é suficiente para

---

<sup>467</sup> FAGUNDES, Adriana de Souza; VERBICADO, Loiane Prado. **O presidencialismo de coalizão**, p. 205.

<sup>468</sup> FAGUNDES, Adriana de Souza; VERBICADO, Loiane Prado. **O presidencialismo de coalizão**, p. 206.

<sup>469</sup> FAGUNDES, Adriana de Souza; VERBICADO, Loiane Prado. **O presidencialismo de coalizão**, p. 206.

<sup>470</sup> AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. **Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor**. Revista Brasileira de Ciência Política. n. 15. Brasília. set./dez. 2014. p. 71.

<sup>471</sup> “Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com essa teoria, o Poder Judiciário deve apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos, atentaria ao princípio democrático.” (BARBOZA; KOZICKI. **Jurisdição Constitucional Brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**. Revista Seqüência, n. 56. jun. 2018. p. 153.)

garantir e efetivar os direitos fundamentais<sup>472</sup> em sociedades desiguais como a brasileira. “O princípio da igualdade entre as partes não é suficiente para garantir o direito à igualdade, havendo necessidade de uma discriminação ativa, na 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”.<sup>473</sup>

A crítica seria injustificável porque, enquanto a democracia procedimental se preocuparia com o processo democrático, esquecer-se-ia de garantir a igual consideração e respeito a todos. A regra majoritária imporá um tratamento desigual porque não estaria preocupada com os motivos e os resultados e nunca garantiria uma igualdade para os grupos minoritários ou excluídos.<sup>474</sup> Democracia não se confunde com regras de representação política e nem mesmo pode ser reduzida à compreensão de um governo da maioria. Ela deve, antes de mais nada, pretender tratar a todos com igual consideração e respeito. A vertente procedimental se esquece, entretanto, da falta de representação feminina e da comunidade LGBT das arenas políticas de debate. Então, para que fosse possível esse debate, haveria a necessidade de uma representação política verdadeiramente paritária”.<sup>475</sup>

A vertente do igualitarismo, por outro lado, refuta a tensão entre constitucionalismo e democracia para enxergar no constitucionalismo uma condição de possibilidade da democracia. Assim, o constitucionalismo seria fundamento moral da ordem jurídica, portanto, em favor da democracia.<sup>476</sup> Gargarella refere que, a partir de um pacto liberal-conservador, desenhou-se na América Latina do século XIX, um constitucionalismo de fusão, que rechaçaria a tradição política republicana para promover um modelo constitucional conservador, fundado na ideia de que a sociedade deve se organizar ao redor de um projeto moral atrelado a uma ordem social de concepção religiosa e no presidencialismo como forma de governo.<sup>477</sup> O modelo contrastaria com o liberal, de proteção da autonomia individual e que objetivaria equilibrar o poder e a neutralidade moral do estado, alicerçada num duplo

---

<sup>472</sup> Sobre democracia procedimental ver. DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

<sup>473</sup> BARBOZA; KOZICKI. **Jurisdição Constitucional brasileira**. p. 155.

<sup>474</sup> BARBOZA; KOZICKI. **Jurisdição Constitucional brasileira**, p. 155.

<sup>475</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam de. **Por uma leitura moral dos “Domínios da Vida**, p. 366.

<sup>476</sup> AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. **Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor**. Revista Brasileira de Ciência Política. n. 15. Brasília. set./dez. 2014. p. 71.

<sup>477</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz. 2014. p. 34 -35

compromisso de garantia constitucional de direitos fundamentais invioláveis e incondicionais, e, no sistema de freios e contrapesos como ferramenta de contenção de concentração conservadora da autoridade política e da disposição republicana de converter a legislatura em órgão soberano.<sup>478</sup> Esse modelo político conservador, segundo Gargarella, combina um extremo centralismo com um extremo presidencialismo, cujas propostas partem de uma posição moralmente perfeccionista, normalmente associada à religião católica, que ao mesmo tempo reconhece as existências de verdades morais sobre uma vida boa, compreendendo que existem formas de vida melhores que outras.

Logo, esse conservadorismo assume que uma grande quantidade de cidadãos tem dificuldade de adequar seu comportamento moral com os das pautas conservadoras defendidas pelo Estado, circunstância que deixa uma maioria de pessoas à mercê da degradação pessoal. O problema é que esses compromissos morais reverberavam na Constituição através de cláusulas favoráveis ao catolicismo como religião oficial e inclusive com outras cláusulas de proibição a outros cultos.<sup>479</sup>

Ocorre que, no século XXI esse movimento conservador volta a dominar a cena política brasileira (e mundial)<sup>480</sup> de maneira ainda mais institucionalizada e virulenta, comprometendo não apenas a democracia, visto seu revés autoritário, como a proteção e a garantia dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal.

Para se ter em mente a dinâmica institucional do presidencialismo de coalizão, relembre-se que no Brasil, em 2018, a vitória do atual presidente da República era incerta e pouco provável, entretanto, apoiado em um discurso de centralidade liberal conservadora, venceu com mais de 56% dos votos válidos, o que se explicaria em grande medida, pela crise da cultura democrática vivenciada.<sup>481</sup> E indicaria que a democracia liberal estaria posta à prova,<sup>482</sup> através do ataque às instituições democráticas e das pautas anti-igualitárias promovidas pelo Poder Executivo, que contam com o apoio do Poder Legislativo, organizado pelas bancadas religiosas e até mesmo pela coalizão ao centro. Todavia, quanto à teoria da justiça, para Rawls e

---

<sup>478</sup> AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. **Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor.** Revista Brasileira de Ciência Política. n. 15. Brasília. set./dez. 2014. p. 78.

<sup>479</sup> GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**, p. 34 -35.

<sup>480</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; NOGAROLLI, Roberta Sandoval França. **Democracia acima de tudo, Constituição acima de todos.** Revista Expressão, a. 11, n. 1, 2022. p. 12.

<sup>481</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**, p. 11.

<sup>482</sup> Para mais sobre a crise democrática sugere-se a leitura de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil.**



Dworkin um Estado igualitário deve ser neutro em matéria de ética, nenhuma atividade privada seria recompensada por uma concepção ética. A neutralidade seria, então, princípio de justiça. O “Estado deve manter-se neutro quanto aos diferentes ideais de excelência humana que os distintos cidadãos defendam (e muito além do número de cidadãos que apoiem esse ou aquele ideal)”.<sup>483</sup>

A teoria<sup>484</sup> igualitarista de Dworkin propõe um modelo de orientação de política igualitária,<sup>485</sup> onde todas as pessoas tenham as mesmas condições de sucesso pessoal, e as mesmas oportunidades de se desenvolverem, ocasião em que seriam responsáveis pelos seus próprios resultados. O que se contrapõe a ideologia neoliberal conservadora do atual governo, que através do discurso de vitimização do empresariado, adota o princípio aristocrático como base de organização da economia e em nome dela, justificar-se-ia o darwinismo<sup>486</sup> social, o enfraquecimento do corpo social e também, o retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais como: regras trabalhistas, políticas públicas afirmativas de minorias étnicas e de gênero. Essa ideologia conservadora permitiria a recrudescência da repressão policial e a restrição dos direitos reprodutivos dos pobres,<sup>487</sup> que na realidade brasileira representam uma maioria numérica de desprestigiados sem qualquer representatividade político-democrática.

Um conceito plural de democracia deve compreender que ela seja plural não apenas em sua Constituição, mas, sob a perspectiva de que reconhece e fomenta o pluralismo como valor. Ninguém teria o monopólio do bem, porque uma maioria democrática, pelos princípios da democracia, deveria permanecer aberta à contestação e a mudanças por sucessivos processos majoritários. Já que os “perdedores de hoje, podem ser os vencedores de amanhã”.<sup>488</sup>

---

<sup>483</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 66.

<sup>484</sup> Toda teoria deve ser interpretada segundo o contexto em que se aplica; não como sobreposição do contexto sobre os princípios que a regem, sob pena de deturpação de qualquer perspectiva ética principiológica. Nesse sentido: GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo**, p. 66.

<sup>485</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**, p. 71.

<sup>486</sup> Para DWORKIN, o pragmatismo darwiniano conduziria a conclusão que “[...] uma atitude moral substantiva e não instrumentalista, uma vez que pressupõe que certos tipos de vidas humanas e certos estados das sociedades humanas são intrinsecamente superiores a outros.” DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010. p. 131.

<sup>487</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil**, p. 148.

<sup>488</sup> PRENDERGAST, David. **The judicial role in protecting democracy from populismo**. German Law Journal. Cambridge University Press, 2019. p. 248.

Em Dworkin a democracia constitucional é a única forma legítima de governo,<sup>489</sup> portanto, a sua teoria seria, também, em defesa da democracia.<sup>490</sup> Para ele, diante de casos difíceis, o juiz Hércules deve fazer uso dos princípios, para encontrar a resposta correta.

A Constituição é, em última análise, “um texto composto por partes que se relacionam entre si”<sup>491</sup> (dispositivos), que precisam ser compreendidos para atribuir significado ao que nela está escrito. Não como um trabalho de descoberta de significados, mas de atribuição.<sup>492</sup> De modo que a norma constitucional está ligada ao texto da Constituição mas não é o texto em si,<sup>493</sup> cabendo à interpretação judicial instrumentalizar a existência de uma prescrição legal.<sup>494</sup> Dessa forma, caberia à jurisdição constitucional a atuação na proteção dos direitos fundamentais das minorias. No entanto, não se trataria de uma prestação jurisdicional discricionária, senão da sua melhor prática, aquela que revelaria o direito construído pela comunidade. Sem esquecer do seu passado, porém com os olhos voltados ao futuro, como um romance em cadeia onde cada qual interpreta o capítulo que recebeu para escrever um novo, que é, então, acrescentado responsavelmente pelo capítulo que o seguirá.<sup>495</sup> De modo que do julgador se espera não qualquer decisão, mas a melhor decisão para aquele caso.<sup>496</sup>

A família contemporânea, sob as lentes da Constituição Federal, é plural por que decorre não de textos expressos, mas de princípios constitucionais mais abstratos, como igualdade, liberdade, dignidade e solidariedade. Sendo assim, o seu direito de ser plural pode ser considerado um direito fundamental que reclama especial proteção do Estado, no sentido de que políticas públicas afirmativas sejam, de fato,

<sup>489</sup> DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un novo debate político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/378740384/DWORKIN-RONALD-La-Democracia-Posible-Principios-para-un-Nuevo-Debate-Politico-por-Ganz1912-1-pdf>>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>490</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, p. 209.

<sup>491</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 53.

<sup>492</sup> Para Eros Grau o ato de interpretar é ato de reconstrução do direito. Para mais ver: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

<sup>493</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 54.

<sup>494</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 54.

<sup>495</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 275-276.

<sup>496</sup> “[...] Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quanto ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 159.

implementadas para torná-las efetivas e a salvo de quaisquer formas de preconceito ou discriminação.

### 2.3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS PERIGOS DO MORALISMO POLÍTICO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Uma das grandes controvérsias contemporâneas da jurisdição Constituição é a questão de saber se os juízes, em sua atividade interpretativa, criam ou revelam o direito quando decidem um caso relevante e atribuem a controvérsia à possibilidade de edições de decisões discricionárias. Hart, adepto do positivismo jurídico, considera que normas e princípios jurídicos possuem uma textura aberta e por isso, em alguns casos específicos, a lei não ofereceria resposta para o caso em debate. Nessa ocasião, para ele, o direito seria incompleto e caberia aos tribunais o exercício da discricionariedade.<sup>497</sup> Caberia ao juiz criar o direito ao caso concreto e aplicá-lo o que simultaneamente outorga e limita o poder de legislar.<sup>498</sup> Para esse autor, os juízes “[...]inventam direito novo, embora em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidas como tendo já uma base no direito existente”.<sup>499</sup> Demandando o preenchimento do sentido da norma por um processo de interpretação”.<sup>500</sup>

O positivismo de Hart reconhece que, nesse sentido, incumbe aos tribunais desenvolver o equilíbrio necessário caso a caso.<sup>501</sup> Entretanto, para Dworkin, o juiz é sempre um dos atores do judiciário, não apenas pontualmente na lacuna da lei, mas cotidianamente, porque o direito nunca falha, o que falharia são as interpretações que lhe são dadas. O direito é, para ele, muito mais baseado em princípios morais do que em regras jurídicas.<sup>502</sup> O que não significaria dizer que possam os juízes decidir de

---

<sup>497</sup> Discricionariedade no sentido de “função legislativa limitada” HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 326.

<sup>498</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**, p. 351.

<sup>499</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**, p. 337.

<sup>500</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 2.

<sup>501</sup> Para KOZICKI, embora Hart reconheça a necessidade da interpretação judicial, refere que mesmo assim, sendo as regras de interpretação linguagem, haveria incertezas. Ocasião em que preponderaria um poder discricionário do julgador que, de antemão, estaria autorizado a criar direito para suprir a lacuna que lhe impede o desempenho da função jurisdicional. (KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 19).

<sup>502</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 1, 35 e 137.

forma aleatória, uma vez que as decisões judiciais devem guardar consonância, coerência e integridade com todo o ordenamento jurídico.

É certo que em um Estado ideal, o direito não se faria necessário, no entanto, em uma sociedade tão desigual como é a brasileira, especialmente em tempos autoritários, ele se faz necessário para fazer prevalecer o respeito a um conjunto de leis moralmente coerentes, formadas por proposições justas e imparciais que beneficiam a toda a coletividade. É essa coerência moral do arcabouço legal e normativo do Estado que garante a integridade do direito como pilar da existência do verdadeiro Direito. O direito como integridade nega que proposições jurídicas sejam relatos fatos do convencionalismo voltado para o passado ou que sejam programas instrumentais do pragmatismo que observa apenas o futuro.<sup>503</sup> Em Dworkin, o direito como integridade é resultado de uma combinação de ambas as dimensões, olhar para frente e olhar para trás, para interpretar a prática jurídica como uma narrativa política que se desenvolve nestas práticas. O raciocínio jurídico decorre da compreensão de que “os juízes tanto descobrem como inventam o direito, como também fazem algo distinto de ambas as práticas tomadas isoladamente”, sendo esse o ponto em que se destaca e diferencia do positivismo jurídico.<sup>504</sup>

O “princípio judiciário de integridade” orienta a atividade judicial para que juízes busquem “identificar direitos e deveres legais”, partindo do pressuposto de que esses foram criados pela comunidade personificada, como um único autor, expressando, assim, uma concepção coerente entre justiça e equidade<sup>505</sup> (*justice and fairness*).

Importante considerar, neste ponto, que juízes, quando decidem as causas, decidem sobre questões de fato, questões de direito e questões de moralidade política e fidelidade. Os juízes divergem, em maior medida, sobre a lei que rege um caso.<sup>506</sup> De modo que observar o ordenamento jurídico apenas como um sistema de coerência e completude não é suficiente, importa compreender que, de acordo com o direito como integridade, proposições jurídicas são verdadeiras se elas pertencem ou decorrem de princípios de justiça, equidade e devido processo legal porque fornecem a melhor

---

<sup>503</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 271.

<sup>504</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário à integridade no direito** (império do direito – capítulo VII) Revista de Direito Mackenzie, v. 10, n. 2, p. 74.

<sup>505</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 271.

<sup>506</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 5.

interpretação construtiva da comunidade de prática jurídica.<sup>507</sup> Logo, o direito como integridade “oferece um critério para a determinação do valor de verdade das proposições jurídicas através de um método que oferece a melhor interpretação reconstrutiva das práticas jurídicas de uma determinada comunidade”.<sup>508</sup>

Ao direito como integridade não basta lançar os olhos para o passado, é necessário um esforço de interpretação (de princípios de justiça, equidade e devido processo legal) que volte o olhar para o futuro, para que não se limite por uma interpretação meramente histórica ou sociológica do passado. O direito como integridade exige, então, uma interpretação que atribua “uma intencionalidade normativa (interpretativa) aos valores que estão imbricados nestas práticas.”<sup>509</sup> Sendo, portanto, mais “inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo e o pragmatismo”.<sup>510</sup> Ele é diferente porque é produto da interpretação da prática jurídica e é, ao mesmo tempo, a sua inspiração. Pede aos juízes que continuem interpretando aquilo que já interpretaram anteriormente, como uma continuidade e origem.<sup>511</sup>

Ocorre que não se trata de exigir que juízes entendam as leis como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes. Para Macedo Júnior, o estudo histórico do Direito importa porque permite compreender como direitos e deveres constituídos por decisões coletivas do passado fundamentaram princípios que servem para justificar a autoridade do próprio direito.<sup>512</sup>

[...] Temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nossos argumentos jurídicos, saberemos melhor que tipo de pessoas somos.<sup>513</sup>

Para mais além, o estudo histórico do direito permite afirmar que, não fosse suficiente o texto constitucional escrito, a Constituição não escrita afirmaria que no Brasil o retrocesso em matéria de direitos fundamentais das famílias é impossível porque “a tarefa do judiciário não será a de fiscalizar a implementação efetiva do

<sup>507</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 272. No mesmo sentido MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário à integridade no direito** (império do direito – capítulo VII) Revista de Direito Mackenzie, v. 10, n. 2, p. 75.

<sup>508</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito**, p. 75.

<sup>509</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito**, p. 75.

<sup>510</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 272.

<sup>511</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 273.

<sup>512</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no Direito**, p. 71-103.

<sup>513</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 15.

programa constitucional, mas a de controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais”.<sup>514</sup>

Para Dworkin, o direito não está em “um mundo platônico das ideias”, para esse autor, o direito expressa as práticas jurídicas de uma comunidade concreta, possuindo uma fonte social que se integra a outras fontes não exclusivas e diretamente sociais. Assim, o estudo histórico do direito importa para compreender que os direitos e os deveres foram constituídos por decisões coletivas do passado que permitiram o uso da coerção, em decorrem de “um esquema de princípios necessários” para justificar a própria autoridade moral do direito. A história importa porque esse esquema de princípio precisa justificar a posição e o conteúdo das decisões pretéritas.<sup>515</sup>

Fique claro que, o direito como integridade não pretende encontrar nas decisões do passado a resposta para as decisões do presente, mas espera encontrar nas decisões do passado princípios que melhor organizem e justifiquem a prática de uma forma que ela seja suficientemente atraente e contribua para um futuro honrado.<sup>516</sup> O direito como integridade, então, pede aos juízes que admitam que o direito é estruturado por um conjunto de princípios sobre justiça, equidade e devido processo procedimental, que devem ser aplicados nos casos postos à decisão, de forma a compreender-se que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas,<sup>517</sup> compreendendo-as como parte de uma mesma comunidade de princípios.

Dworkin vai mais além, entendendo que é a integridade que dá eficiência ao direito, porque em uma comunidade de princípio haveria menos necessidade de regras explícitas, cabendo ao direito expandir-se e contrair-se organicamente a cada nova circunstância.<sup>518</sup> De igual modo, essa comunidade se congregaria na noção de responsabilidade em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e que pode fazê-las aos outros, promovendo e ampliando a própria dimensão moral das decisões políticas explícitas.<sup>519</sup>

---

<sup>514</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *Teoria da Constituição*. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 13.

<sup>515</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito**, p. 75.

<sup>516</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 273.

<sup>517</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 291.

<sup>518</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 229.

<sup>519</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 230.

A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania<sup>520</sup>

A integridade se vincula à legitimidade política na medida em que os seus membros aceitam que são governados por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político. Admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares constantes nas regras, mas dependem, de maneira mais ampla, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem. De modo a reconhecer a integridade como um ideal político distinto.<sup>521</sup> O direito é então construído pela interpretação e é ela, a interpretação, que os congrega em uma comunidade. Vê-se que a proposta de integridade disseminada por Dworkin seria sensível ao sobredito: com a necessidade de que a interpretação da Constituição (e da ordem jurídica e política) seja construída pelo direito como integridade e pela moralidade política. Não voltada exclusivamente para o passado, que seja temperada pela energia do futuro, com vista à realização social, à necessidade de avançar, sem retroceder, especialmente quando se trate de liberdade e de igualdade. De modo a compreender-se que a integridade, enquanto uma virtude política, indica um compromisso de que o governo aja de modo coerente com os princípios. Pois:

uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo.<sup>522</sup>

Ocorre que, a partir da segunda metade do século XX, com a revolução dos direitos humanos e a conseqüente judicialização da política, o judiciário assumiu um novo papel interpretativo que exige o enfrentamento de questões de conteúdo político e moral relacionados aos direitos fundamentais e humanos. O que transborda da interpretação mecanicista do direito positivo, para compreender que o direito somente terá significado a partir da sua efetivação. Desse modo, os limites interpretativos não

---

<sup>520</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 230.

<sup>521</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 254-255.

<sup>522</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 228.

estão mais nos textos escritos.<sup>523</sup> Alinha-se a ideia de que os limites para a jurisdição constitucional possam ser encontrados, portanto, no direito como integridade.<sup>524</sup>

Na realidade brasileira, por exemplo, quanto ao direito de família, ao dar sentido e valor ao sujeito, a Constituição afastou (ou deveria) a primazia patrimonialista. A nova ordem, ao priorizar os aspectos existenciais, fez a travessia da estrutura para a função.<sup>525</sup> Agasalhada pelos ideais libertários de igualdade, liberdade e fraternidade, chegou-se a um modelo de família funcionalizada na qual a sexualidade humana ou o modo do seu exercício já não deveriam guardar relevo. A família é o lugar do afeto e da realização pessoal que não deveria interessar ao Estado. Nela protege-se a estrutura socioafetiva formada, constitucionalmente, pelos valores da dignidade humana e da igualdade.<sup>526</sup> Volte-se à questão do incesto: a interdição do incesto é princípio fundamental não expresso em diversas culturas. Em razão dele é que são editados textos normativos que proíbem o casamento de parentes até certo grau. No entanto, a monogamia é princípio apenas em determinadas culturas, servindo como ponto chave das questões morais.<sup>527</sup> A família constitucionalizada, portanto, não se reconhece pelo casamento ou pela consanguinidade, também não se funda na existência de ato sexual, na reprodução ou na vida *more uxório*. Existem, no direito constitucionalizado, outras formas de família e de Constituição de família. Contudo, a discricionariedade política não permitiu que o casamento homossexual fosse regulamentado. Assim como obsta o diálogo sobre a igualdade, a educação de gênero, sobre a autonomia e a privacidade da mulher sobre o próprio corpo.

Na realidade brasileira, em que pessem os princípios constitucionais, a comunidade LGBT e as mulheres têm seus direitos sexuais e reprodutivos violentados diariamente, seja através de discursos públicos morais ou via deflagração de agenda legislativa que reduz direitos antes conquistados. Ou, através dos ataques às instituições democráticas. Ou, pela eleição de membros institucionais ideologicamente

---

<sup>523</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 233.

<sup>524</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 254.

<sup>525</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 31.

<sup>526</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

<sup>527</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 45.



comprometidos com a pauta antifeminista e antigay, como vêm ocorrendo para o preenchimento de cargos políticos e judiciais.

Recentemente, a promulgação do Decreto 10.932 de 10 de janeiro de 2022, trouxe para dentro do ordenamento jurídico brasileiro,<sup>528</sup> com status de norma constitucional, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Convenção essa que já havia sido assinada em 2013, no entanto pendia de ratificação pelo Congresso Nacional. Decorreram nove anos de inação legislativa. Elevada à condição de emenda constitucional, a Convenção agora integra o bloco de constitucionalidade e impõe uma regra de conduta obrigatória para todos. A regra nova define intolerância racial como:

um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias, podendo se manifestar como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos.<sup>529</sup>

Para ela,

toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.<sup>530</sup>

É de se perguntar, no entanto, sendo a realidade diversa da orientação constitucional e não sendo justo pedir aos discriminados ou as minorias que esperem (*wait*) pela superação das práticas discriminatórias, a quem incumbe a proteção desses direitos afirmados? Em tempos de crise, do avançar do autoritarismo e do conservadorismo, a quem incumbe a proteção dos sujeitos de direitos? Pode-se aceitar, dentro do recorte desta pesquisa, uma Constituição que seja meramente simbólica? Um Estado de direitos fundamentais inefetivos? Como assegurá-los para que amanhã não se tenha, ao acordar, menos direitos que se tinha antes de ir dormir? Viu-se que incumbe à jurisdição constitucional a defesa desse patrimônio axiológico da sociedade. Como então a jurisdição promoveria a defesa dos interesses das

<sup>528</sup> BRASIL. Governo Federal, Decreto 10.932 10 jan. 2022. Disponível em: <<https://in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.932-de-10-de-janeiro-de-2022.-373305203>>. Acesso em: 19 jan. 2022.

<sup>529</sup> BRASIL. Governo Federal, Decreto 10.932 10 jan. 2022.

<sup>530</sup> BRASIL. Governo Federal, Decreto 10.932 10 jan. 2022.

minorias? Para Dworkin, a igualdade formal é apenas uma questão de aplicar as regras estabelecidas na legislação, quaisquer que sejam elas. A igualdade, porém, exigiria a integridade e uma coerência lógica e elementar que fosse fiel não às regras, mas às teorias de equidade e justiça.<sup>531</sup>

Percebendo-se que cada vez mais os tribunais são chamados a atuar na interface dos direitos fundamentais das famílias plurais, são eles que, nos casos concretos, são responsáveis pela unidade do direito e pela pacificação social. Por isso, com o dever de proteger os direitos fundamentais sonogados. Na concretude, como se viu, a literalidade do texto legal não basta. Por isso, os princípios gerais do direito se reafirmam como importantes fontes de direito, não supletivamente, porque se “revestem de força normativa imprescindível para a aproximação do ideal de justiça”.<sup>532</sup> Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.<sup>533</sup> Nesse sentido, importa uma leitura moral da Constituição, porque é ela que dá fundamento para a sua interpretação. Não se trata, porém, de uma leitura segundo a moralidade discricionária do seu intérprete. A leitura moral que se deveria exigir à proteção dos direitos fundamentais das famílias plurais é a que se funda em compromissos morais que são eleitos e assumidos pela sociedade.<sup>534</sup>

Sendo assim, a própria comunidade estaria protegida dos movimentos conservadores e da sua pretensão moralista, porque a integridade pressupõe a própria comunidade como um agente moral. “[...] Nenhuma autoridade deveria contribuir para os atos carentes de princípios de seu Estado”.<sup>535</sup> Então, em Dworkin o direito não é dado, ele é historicamente construído coerentemente pela comunidade. Um tipo de coerência que interligue “todo o sistema do direito” e não apenas uma que se observe em cada regra dele, “como se houvesse um tipo de consanguinidade entre ele”.<sup>536</sup> “[...] Nas práticas jurídicas, os atores não divergem quanto ao direito, divergem quanto a o que o direito deveria ser, divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e de fidelidade”.<sup>537</sup> Não haveria, então, divergência quanto a aplicação

<sup>531</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 225.

<sup>532</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

<sup>533</sup> LINDB – Lei 12.376/2010- Art. 4º.

<sup>534</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 227.

<sup>535</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 227.

<sup>536</sup> WALTERS, Mark D. **Legal Humanism and Law-as-Integrity**. Cambridge Law Journal n. 67, jul. 2008. p. 252.

<sup>537</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 10.

plena das normas existentes (leis princípios, costumes, convenções e tratados internacionais) aos casos concretos, ainda que pudessem existir argumentos dissonantes.

Todavia, uma leitura moral não seria necessária para todo o conteúdo da Constituição, senão por ocasião dos conceitos abstratos. Nomeadamente, para quando se trate de colisão dos direitos fundamentais, por que estes requerem um tipo de interpretação que permita a sua plena efetividade como único modo de garantir a entrega das promessas constitucionais aos cidadãos.

A família plural é a base da sociedade e isso se extrai da leitura atenta do artigo 226 em cotejo com o artigo 1º da Constituição. Sendo assim, goza de especial atenção do Estado, isto é, é vedada qualquer forma de retrocesso social nesta seara. A vedação de retrocesso social ancora-se, especialmente, no artigo 1º, III, da Constituição, é o princípio da dignidade da pessoa humana que impõem ao Estado promover, constantemente, a realização de uma sociedade livre justa e fraterna. O que autorizaria o reconhecimento de novos direitos (decorrentes da principiologia constitucional) e da existência de uma cláusula de proibição de retrocesso.<sup>538</sup>

Explica-se, a proibição de retrocesso se trata de uma consequência lógica dos princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.<sup>539</sup> Sob o aspecto de uma leitura sistêmica, os direitos fundamentais estão postos em uma “base de indivisibilidade e interdependência” guiados para a plena efetividade daquilo que traga a dignidade à pessoa humana.<sup>540</sup> Então, viria para a proteção dos sistemas de direitos contra retrocessos em matéria de direito de família.<sup>541</sup>

Tome-se por base do que se diz o próprio julgamento das ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF,<sup>542</sup> no qual reconheceu-se, pela interpretação do artigo 1.723 conforme a Constituição, a condição de família das uniões homoafetivas. Marco jurisprudencial que observa além das regras, princípios e valores, os precedentes

---

<sup>538</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito Das Famílias e proibição de retrocesso social**. In: **Tratado de direito das famílias**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª. ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2019, p. 144.

<sup>539</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental**. in: **Tratado de direito das famílias**. Coord. Rodrigo Da Cunha Pereira. 3.ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2019. p. 144.

<sup>540</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito das famílias e proibição...**, p. 148.

<sup>541</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito das famílias e proibição...**, p. 147.

<sup>542</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132 / ADI n. 4.277. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília: 5 maio 2011. Diário De Justiça Eletrônico.

judiciais históricos que trataram de democracia,<sup>543</sup> de liberdade e da realidade social. E não se olvide, a Constituição além de impedir qualquer forma de discriminação, em seu preâmbulo, elegeu como valores supremos da sociedade brasileira os direitos individuais, a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça, e, nesse particular, veda o retrocesso social.<sup>544</sup> Tanto é verdadeiro que, conforme Fachin, resta no Código Civil vigente a manutenção da concubinação (artigo 1727) em diferenciação à união estável (artigo 1723), isso revela que os fatos podem se impor perante o direito, ainda que transponham a fronteira do direito e do assim denominado não direito.<sup>545</sup> A Constituição se põe, portanto, aplicável ao presente e com vistas ao futuro. Verdadeira Constituição dirigente, que por sua ampla gama de direitos fundamentais imbricados com as suas garantias, se faz plural e pluralizante e, antes de se contentar com a lógica formal do texto escrito, revela uma exigência a mais, a de ser pensada e repensada de acordo com a vida cotidiana da sociedade. É, assim, a facticidade que se sobrepõe à norma e cria o direito.<sup>546</sup>

Independentemente de qualquer pretensão conceitual, direito de família é, antes de tudo, fato e, depois, direito.<sup>547</sup> Sustenta a sociedade e é sustentado por ela. Por isso mesmo é que não pode ser limitado pela lógica do texto escrito, deve ser permanentemente oxigenado pelos valores constitucionais, em especial os valores de liberdade e de igualdade. A Família é ponto de encontro, é lugar onde as pessoas se sentem bem, não importando o arranjo social, cultural ou econômico.

Portanto cumpre à Corte constitucional, mediante a adequada hermenêutica constitucional,<sup>548</sup> construir um sistema de precedentes que, considerados os princípios e valores da dignidade, da cidadania, da liberdade e da igualdade, não se limite a dizer o direito, mas que o integre a justa efetividade, contra retrocesso nas relações familiares. O direito como integridade se apresenta, nesses termos, como critério e limite decisório. O percurso é sinuoso, retrocessos existem e são iminentes,

---

<sup>543</sup> Rara GIDDENS, é forma de assegurar relações livres e iguais entre os indivíduos, além de objetivar a promoção de alguns resultados. autonomia do indivíduo, liberdade de escolha. GIDDENS, Anthony. **As transformações da intimidade. sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: Unesp, 1993. p. 201.

<sup>544</sup> Conforme se observa do Ag.Reg. no RE n. 639.337 de 2011. No aresto o Rel. Min. Celso de Mello reconhece a jusfuncionalidade dos direitos sociais, artigo 5º, §2º em consonância com os princípios escritos e não escritos da Lei fundamental.

<sup>545</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 15.

<sup>546</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**, p. 14.

<sup>547</sup> O mesmo se observa do julgado conjunto. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 132 / ADI n. 4.277**.

<sup>548</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais**, p. 29.

observe-se, por exemplo, julgado recente, que em tese de repercussão geral, impôs verdadeiro retrocesso<sup>549</sup> em matéria de direito das famílias.<sup>550</sup>

No aresto, ao entender que o artigo 226, §3º se esteia no princípio de monogamia como requisito para reconhecimento das relações afetivas que compõem a realidade da família plural, deixou de observar princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, fundado no valor fundamental da liberdade. Também deixou de observar princípios tais como o da autonomia privada (liberdade), da intervenção estatal mínima (liberdade) e o fez com propósito de, à revelia do exercício de sua função iluminista, contramajoritária e de proteção do sujeito, atuar deferentemente em matéria de direito econômico. Desrespeitando sua vocação constitucional, de realização da justiça social.

Quer parecer que se trate de flagrante retrocesso institucional, derivado de uma hermenêutica constitucional equivocada que prioriza o consequencialismo econômico e o valor da monogamia em detrimento de direito fundamental de liberdade. Nesse sentido, poderia se dizer que o julgado não observou o direito como integridade, tão pouco se coaduna com a necessária leitura moral da Constituição.<sup>551</sup> Andou mal o STF neste ponto. O que faz refletir sobre a necessidade de técnicas decisórias próprias para os direitos fundamentais. Então, em um sentido geral, é inquestionável que os juízes criam um novo direito toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva.<sup>552</sup> Os juízes podem e devem buscar nos princípios o fundamento das decisões proferidas,<sup>553</sup> ainda que muitas vezes não o façam.

<sup>549</sup> “Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistenciais materialmente livres”. RUYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas e o princípio da monogamia**. p. 5. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/9.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>550</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. **RE 1045273**. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Brasília. Publicada em: 9 abr. 2021. Disponível em: <<https://Jurisprudencia.Stf.Jus.Br/Pages/Search/Sjur443826/False>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>551</sup> RE 883.168, leading case do tema 526. Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 526 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Foi fixada a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável”. Plenário, Sessão Virtual de 25.6.2021 a 2.8.2021.

<sup>552</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 19.

<sup>553</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 235.

Nesta dimensão, este texto considera que caberia ao Poder Judiciário a proteção dos direitos fundamentais em matéria de direito de família, sempre limitado pela moralidade política da comunidade e pelo direito como integridade. A prática jurídica é diversa das práticas do legislativo e do executivo que, sendo eleitos, dependem de uma aprovação das majorias. Enquanto ao judiciário cumprem cuidados para que também as minorias sejam observadas com igual consideração e respeito. Na prática do direito, todavia, a divergência não é quanto ao direito em si, é quanto a questões de moralidade e de fidelidade.<sup>554</sup>

Dworkin entende que o direito não é novo, é presente no ordenamento jurídico e é revelado sob a forma de princípio, a atuação dos juízes perpassa pela busca da melhor resposta ou da resposta certa, aquela que respeite a moralidade social e os objetivos políticos da sociedade. Então, as regras jurídicas e os princípios de direito servem para proteger o direito que já existe dentro de uma ordem normativa.<sup>555</sup> Desse modo, entende-se que a leitura positivista do direito falha porque não reconhece que o direito é moral. Reduzindo o direito ao que é posto e parte do ponto de vista do intérprete para explicar o fenômeno do direito.<sup>556</sup>

O direito é aquilo que foi historicamente construído pela interpretação da prática jurídica, pelo diálogo entre os diversos atores; juízes, advogados, legislaturas, cultura, sociedade, por isso não pode ser separado da política e da moral. Assim como a sua recorrente interpretação não pode ser evitada, porque o direito é construído pela melhor interpretação moral das práticas políticas sociais de uma comunidade. O direito precisa estar fundamentado nos princípios morais e políticos do meio em que se desenvolve para realizar o seu fim último, que é a justiça social; tratar a todos com igual consideração e respeito.

A teoria do direito como integridade visa proteger (liberal e democraticamente) o direito plural de uma comunidade que se reconhece na pluralidade. Então o direito como integridade é corolário da democracia porque dá unidade ao elemento: Estado e povo. A integridade é limite, vez que exige que as novas decisões reflitam uma consciência do que foi decidido anteriormente e é princípio porque exige uma

---

<sup>554</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 11.

<sup>555</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 31.

<sup>556</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 31.

consciência coerente com a história institucional, “ou seja, a integridade, como princípio, significa a promessa de incrementar a consciência do sistema”.<sup>557</sup>

Dworkin entende que também o legislador, em uma comunidade de princípios, deveria se pautar por essa consciência da integridade a fim de que as leis fossem instituídas ou revogadas em vista da promoção da igualdade da comunidade.<sup>558</sup> Nele o compromisso com a integridade expressaria o interesse de cada um por tudo que é especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias assumidas.<sup>559</sup> A integridade demanda respeito às leis e aos princípios de igualdade, de liberdade e de justiça. Serve de obstáculo a prolação de decisões discricionárias, como as que se fundam no positivismo jurídico, tanto quanto permitem decisões justas. A integridade encontra a comunidade em sua melhor luz, porque o vértice<sup>560</sup> está nos direitos fundamentais de liberdade e da igualdade que, por si ou seus desdobramentos principiológicos não podem, em hipótese alguma, ser preteridos.<sup>561</sup>

Para casos difíceis, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional que envolvam direitos fundamentais (onde não há uma regra clara a ser aplicada, porque o seu conteúdo envolve questões de moralidade política)<sup>562</sup> somente haveria uma resposta certa, aquela que é encontrada a partir de um direito que é construído como se fosse um romance em cadeia. Exigindo que cada autor, ao escrever um capítulo, interprete tudo o que foi escrito antes, acrescentando algo novo a esse romance, considerando, porém, que se trata de um único romance, de um único autor.<sup>563</sup> Refletindo um processo sucessivo de interpretação e criação.

De fato, a proteção dos direitos fundamentais cabe à jurisdição constitucional, resta saber porém, se a Corte constitucional atua no sentido de assegurar não apenas a existência formal dos direitos fundamentais das famílias, mas se os faz efetivos,

---

<sup>557</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 50.

<sup>558</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 260.

<sup>559</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 257.

<sup>560</sup> Para Canotilho o sistema dos direitos fundamentais é concebido como de hierarquia superior no conjunto de sistemas em geral e do sistema jurídico constitucional em particular em razão da posição hierárquica das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, p. 118.

<sup>561</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 50.

<sup>562</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 253.

<sup>563</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais**, p.253.

conforme a promessa constitucional. Interessa saber para além disso, se a Corte competente faz, em relação aos direitos pré-existentes das famílias plurais, um romance em cadeia. O direito como integridade reclama que continuem interpretando o mesmo material que eles próprios disseram ter interpretado com sucesso. O direito como integridade reclama continuidade das interpretações mais detalhadas.<sup>564</sup> Deste modo, a Constituição não pode ser interpretada senão em consonância com seus princípios, com a história de seu povo, com a doutrina do *Stare Decisis*.<sup>565</sup>

Para tanto, o capítulo por vir se ocupará da atividade interpretativa exercida pelos juízes, tratará do ativismo judicial e da função contramajoritária desenvolvida pela Corte constitucional.

---

<sup>564</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 273.

<sup>565</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **É importante o modo como os juízes decidem os casos?** Empório do Direito, 22 nov. 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-deciden-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em: 16 abr. 2020.



### 3 A CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS FAMÍLIAS PLURAIS

#### 3.1 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A POLÍTICA ATIVA DA JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS

O tecido em construção pretende refletir sobre a possibilidade real de supressão de direitos conquistados em favor das famílias brasileiras. Nessa esteira os direitos que se busca considerar são os que alcançam a pluralidade da sociedade, as famílias de todos os gêneros, todas as cores, todas as composições afetivas que, por serem assim, transbordam a pluralidade da norma. Uma família atual que:

não é melhor e nem é pior que a família do passado, mas certamente é muito diferente dos modelos familiares antecedentes, das estruturas de poder e de afeto que habitaram, construíram e modelaram os arquétipos anteriores a este que hoje conhecemos.<sup>566</sup>

A família constitucionalizada espera, então, que seus direitos não sejam meramente formais, especialmente quando se tratem de direitos fundamentais, que todos têm e dos quais, em uma democracia, não se pode viver sem. Nota-se, no entanto, que o novo conservadorismo brasileiro é antagônico ao perfil constitucional. Esse conservadorismo contemporâneo, diferentemente do conservadorismo liberal do século passado que se preocupava com a liberalização do mercado,<sup>567</sup> impõe agora severa restrição de direitos aos que destoam de um padrão de moralidade por eles mesmos pré-definido. Um dos argumentos utilizados pelos conservadores em suas práticas é o de que, em Estados de Direito, a tarefa da elaboração de normas - que

<sup>566</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A Incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a Família, Seu status e seu enquadramento na pós-modernidade**. Palestra de encerramento proferida no Congresso Internacional de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, na cidade de Brasília, entre os dias 15-17 nov. 2006. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 101. jan./dez. 2006. p. 153-167. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67702>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

<sup>567</sup> Esta pesquisa não tratou de diferenciar os diversos conceitos de liberalismo. Tratando apenas genericamente sobre liberalismo. Não se desconhece, porém, suas múltiplas formas. Há, inclusive, uma evidente diferença entre o liberalismo e o neoliberalismo, o liberalismo seria alicerçado em um liberalismo econômico e político que daria suporte a um ambiente democrático de pluralismo, no qual defensores de diversos modelos econômicos disputariam votos em eleições periódicas, mantendo o consenso sobre as instituições que integram o Estado Democrático de Direito. No entanto, o neoliberalismo se apresentaria como uma ruptura democrática se esta fosse necessária a promoção de uma liberdade econômica. O neoliberalismo rejeitaria a própria noção de justiça social. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p.148-151.)

servirão para a regulação da vida em sociedade, é de competência exclusiva dos órgãos democraticamente eleitos.<sup>568</sup> Por este viés, não caberia ao judiciário atuar revelando ou criando o direito pressuposto. Qual seria, então, o papel do Judiciário? Quais seriam os seus limites? Já que a jurisdição constitucional exerce a função do controle de constitucionalidade dos atos normativos? A quem caberia a defesa da Constituição e a proteção dos direitos das minorias?

Antes de desenvolver esse tema, é preciso fazer algumas considerações a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional, da relação entre os poderes e sobre o papel desempenhado pelos juízes da Suprema Corte. Adota-se o direito estrangeiro<sup>569</sup> para uma melhor compreensão do direito nacional. A experiência norte-americana auxilia na abordagem do que estará mais à frente e é utilizada ao longo do tópico apontando as semelhanças e diferenças em relação à brasileira.

A doutrina estrangeira aponta que em “O Federalista” introduziu-se a ideia de que a supremacia da Constituição não significa a supremacia do judiciário sobre o legislativo, mas que quando a expressão dada pelo legislativo confrontar com a vontade do povo, deve o judiciário atuar na proteção desta, que estaria representada na Constituição<sup>570</sup> e não na vontade dos representantes eleitos pelo povo, presentes no Parlamento. É possível afirmar que, além da supremacia da Constituição, os pilares do sistema jurídico americano são o respeito aos precedentes e à doutrina dos direitos humanos fundamentais. Lá, a proteção do *common law* é assegurada pela valorização dos juízes independentes, dos precedentes judiciais e dos direitos humanos fundamentais. De modo que lá, o controle de legitimidade da lei não tem como parâmetro a supremacia do *common law*, mas a da própria Constituição americana.<sup>571</sup>

Quanto ao princípio da separação dos poderes, a Constituição americana baseia-se na possibilidade do *checks and balances* entre os poderes. A ideia sobre a

---

<sup>568</sup> REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>569</sup> Não se pretende a utilização de metodologia comparativa, que não para conhecer melhor o direito interno em razão do direito estrangeiro, para superar um obstáculo, como por exemplo, o positivismo jurídico, para permitir a análise crítica de um instituto, ou para indicar um caminho melhor para a hermenêutica jurídica. No entanto, é preciso uma ética de comparação, no sentido de que ela não aceita a importação sem qualquer crítica ou contextualização. A utilização do direito comparado deve existir no sentido de criar soluções jurídicas adequadas ao contexto sócio, cultural e jurídico do direito nacional. Para saber mais, sugere-se a leitura de LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito Estrangeiro**. São Paulo. Editora Contracorrente. 2018.

<sup>570</sup> HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 2. ed. Campinas. Russel Editores. 2005. p.469-474.

<sup>571</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

utilização dos pesos e contrapesos seria a de que, se qualquer dos poderes ficasse sem controle, poderia cometer abusos e arbitrariedades. O sistema de controles recíprocos entre os poderes funcionaria como proteção contra essas arbitrariedades porque a desconfiança não se dava quanto à atuação do judiciário, mas sim quanto à atuação do parlamento.<sup>572</sup>

Na ambiência americana o “[...] Congresso não deverá aprovar qualquer lei que imponha religião ou que proíba seu livre exercício; que cerceie liberdade de expressão ou de imprensa ou que impeça a liberdade de reunião pacífica das pessoas e a de pleitear a reparação de injustiças à autoridade pública”,<sup>573</sup> o que evidencia que neste substrato do constitucionalismo tanto o poder soberano como a autoridade legislativa estão submetidos aos valores substantivos protegidos pela Constituição.

Veja-se o caso *Marbury vs Madison* como exemplo do que se quer destacar, nele a Suprema, independentemente de qualquer norma escrita - senão a construída pelo sistema de precedentes vinculantes - arrogou para si a prerrogativa de examinar a constitucionalidade de leis que tivessem sido aprovadas, mesmo que de forma procedimentalmente correta, por representantes eleitos democraticamente.<sup>574</sup> A partir desse julgamento coube ao judiciário a realização do *judicial review* dos atos do parlamento, muito embora tal preceito jamais tenha sido expresso na norma constitucional americana.<sup>575</sup>

O *Judicial review* seria, então, “o maior exemplo de ativismo judicial da história constitucional moderna” porque baseado em uma Constituição rígida e sintética, fundada em princípios e valores substantivos abertos o que permite que a jurisdição constitucional defina material ou substantivamente as cláusulas abertas da

<sup>572</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais**, p. 39-67 e 154-189.

<sup>573</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: dela antigüidad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 1999. p. 321.

<sup>574</sup> Leia também SANTIAGO, Marcus Firmino. **As origens do judicial Review: porque Marbury vs. Madison é apenas um elo em uma longa cadeia**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 44, n. 143. Dezembro, 2017. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/636/Ajuris143DT13>>. Acesso em: 08 jan. 2022.

<sup>575</sup> GODOY opõe-se a essa afirmação, ao argumento de que Marbury vs Madison apenas sistematizou e repetiu argumentos levantados em outros casos prévios. Para esse autor, a compreensão moderna de que a interpretação da Constituição cabe apenas aos juízes e Cortes não reflete, a concepção original do constitucionalismo norte-americano, do qual o Brasil é herdeiro. Para ele, o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos contou com forte participação popular a quem incumbia a interpretação a Constituição. Cf.: GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica a supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte. Fórum, 2017. p. 63-66.

Constituição.<sup>576</sup> A revisão judicial, como engrenagem de contenção de arbitrariedades entre os poderes, funcionaria como um contraponto entre as vontades da maioria e os direitos fundamentais das minorias. Nesse sentido, para Hamilton, os juízes deveriam se pautar pelas normas fundamentais antes de quaisquer outras, defendendo que o verdadeiro perigo encontrava-se na possibilidade de negar aos juízes sua capacidade de revisar normas.<sup>577</sup> Nesse movimento, a Suprema Corte americana conseguiu garantir a efetividade dos direitos fundamentais através de julgamentos de valores políticos e morais que não contrariaram princípios democráticos porque fundados no seu Bill of Rights.<sup>578</sup> Esses juízes, no entanto, foram denominados por ativistas. Foi Arthur Schlesinger Jr.<sup>579</sup> quem, em uma matéria da revista *Fortune*,<sup>580</sup> cunhou o termo *judicial activism* para denominar os juízes que entendiam Direito e Política por indissociáveis.<sup>581</sup>

Uma Corte ativista não seria uma Corte ocupada ou com muitos processos,<sup>582</sup> mas uma Corte cujos juízes estivessem dispostos a desenvolver o direito.<sup>583</sup> Poderia se pensar, também, num modelo de ativismo judicial de absoluta discricionariedade aos juízes. Ou em um modelo de ativismo judicial de total limitação, onde juízes servissem como parte de uma calculadora eletrônica, incluindo dados em um

<sup>576</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais**. EJL. Joaçaba, v.17, n.3, 2016. p. 749. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8750/pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

<sup>577</sup> HAMILTON Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 2. ed. Campinas. Russel Editores. 2005. Federalista. 78. p.469-474.

<sup>578</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana**.

<sup>579</sup> Para Schlesinger Jr. o termo Ativismo judicial foi empregado em oposição a “autorrestrrição judicial”. Para esse autor os juízes ativistas “substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos “mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Para o historiador, os campeões da autorrestrrição judicial possuem diversa compreensão acerca da função judicial em uma democracia que desempenham, entendendo que, não cabe à Corte intervir no campo da política, atuando de forma deferente ao legislador”. SCHLESINGER JR, Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune*, v. 35 (1), 1947, p. 75-77.

<sup>580</sup> SCHLESINGER JR, Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune*, v. 35 (1), 1947, p. 75-77.

<sup>581</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. p. 37-58.

<sup>582</sup> DICKSON, Brice. **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press. 2007. Cap. 9. p. 366.

<sup>583</sup> Dickson, quanto a questão da “criação” ou do “desenvolvimento” de lei pela atividade do Judiciário, se preocupa com o fator de desagregação que possa decorrer. Questiona se a decisão é fundamentada para preservar uma regra existente? Foi tomada após intensa deliberação? É ou não exemplo de ativismo? Quais são os critérios que devem ser empregados para avaliar se essa decisão é apropriada? (DICKSON, Brice. **Judicial Activism in the House of Lords 1995-2007**. p. 367.)

computador.<sup>584</sup> Entretanto, entre um e outro modelo existem inúmeros modelos intermediários distintos que refletem a preparação dos juízes para expor, e justificar, suas leis.<sup>585</sup> Como, por exemplo, uma Corte que pretenda a defesa intransigente dos direitos fundamentais das minorias.<sup>586</sup>

O ativismo judicial é uma possibilidade de revisão judicial das leis editadas pelo parlamento por juízes, que julgarão com base em princípios substantivos: orientados pela moralidade cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico, baseado nos princípios de moralidade política.<sup>587</sup> Uma Corte ativista poderia ser compreendida, então, como a Corte que “não é deferente, que enfrenta as questões de direitos fundamentais que lhe são colocadas, mesmo que estas questões envolvam decisões sobre políticas públicas”.<sup>588</sup> Em contraponto com os Tribunais autorrestritivos que remetem às questões políticas para serem enfrentadas pelo Poder Legislativo.<sup>589</sup> Contudo, “decisões que amplificam os poderes do Tribunal”, diminuindo os espaços dos outros poderes, não são necessariamente ativistas e não necessariamente invadem ilegitimamente espaços de competências de outros poderes.<sup>590</sup> Na realidade da jurisdição constitucional, o próprio desenho da Constituição brasileira favorece essa intersecção entre os poderes do Estado.<sup>591</sup>

Uma Corte constitucional não é, portanto, uma Corte arbitrária, ainda que isso signifique uma tomada de decisões políticas pelo judiciário. Ou que, de um certo modo, signifique certa limitação aos demais poderes, uma vez que apenas dá voz à Constituição no sentido e na direção da preservação dos direitos fundamentais nela

<sup>584</sup> DICKSON, Brice. **Judicial activism in the House of Lords 1995-2007**. p. 369.

<sup>585</sup> DICKSON, Brice. **Judicial activism in the**, p. 369.

<sup>586</sup> DICKSON, Brice. **Judicial activism in the**, p. 380.

<sup>587</sup> KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia. **Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas**. In: **Risco e Futuro da Democracia Brasileira: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Juarez Guimarães (Org.). São Paulo. ed. Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 426.

<sup>588</sup> KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia. **Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas**.

<sup>589</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. p.184. Disponível em: <[https://www.academia.edu/22294044/Estefânia\\_Maria\\_de\\_Queiroz\\_Barboza\\_A\\_Legitimidade\\_Democrática\\_da\\_Jurisdição\\_Constitucional\\_na\\_Realização\\_dos\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Sociais](https://www.academia.edu/22294044/Estef%C3%A2nia_M%C3%A1ria_de_Queroz_Barboza_A_Legitimidade_Democr%C3%A1tica_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional_na_Realiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_Fundamentais_Sociais)>. Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>590</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro. Forense, 2014, p. 74-45.

<sup>591</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo Judicial ao diálogo constitucional**. Ed. Lumen juris. 2. ed. p. 125.

já contidos.<sup>592</sup> De sorte que a atitude do julgador deve, por essas razões, partir de um pressuposto, o de que as Constituições não devem ser vistas como uma tentativa de estabelecer pontos fixos estáveis de acordo e pré-compromissos, mas devem ser entendidas e aplicadas como sugere a metáfora árvore viva<sup>593</sup> de forma a se renovar diariamente, através da reinterpretação do que foi decidido.<sup>594</sup>

Embora não seja tarefa fácil conceituar ativismo judicial, interessa compreender que existem ao menos cinco diferentes sentidos para o conceito de ativismo judicial.<sup>595</sup> O primeiro, quando diante de anulação de ato normativo do executivo ou do legislativo, cuja constitucionalidade fosse defensável, a Corte deveria ser deferente ao legislador. No entanto, sociedades multiculturais, como é a brasileira, não podem desprezar a existência de desacordos razoáveis (*reasonable disagreement*) quanto a interpretação da norma.<sup>596</sup> A segunda traria a consideração de que as Cortes ativistas desprezam os limites da separação dos poderes, e criam direito novo a pretexto de interpretá-lo. Assertiva que esbarra na sua própria “premissa”: a “existência de normas jurídicas claras, com conteúdo bem definido e delimitado”. As normas constitucionais são predominantemente abertas e permitem diversas interpretações.<sup>597</sup> Em uma terceira concepção atribui-se a conotação ativista para a Corte que utiliza uma metodologia de interpretação diversa da predominante. Abordagem insatisfatória porque não existiria, a princípio, um método constitucional correto de interpretação.<sup>598</sup>

Já em uma quarta conceituação, ativistas poderiam ser os juízes que julgam pelo resultado. O que não representaria um “parâmetro satisfatório para mapear as

<sup>592</sup> Partindo do pressuposto de que o direito é um construto e que juízes apenas revelam um direito já existente por meio da hermenêutica constitucional. E o fazem por meio de uma argumentação racional e íntegra.

<sup>593</sup> WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: an idiot responds**. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, v. 18, 2005. p. 207-247.

<sup>594</sup> A ideia do *living tree* parece envolver a exigência da coerência e da integridade em relação as práticas do passado, sem desconsiderar os conflitos atuais e as consequências futuras. Para Dworkin a Constituição é uma lei e por isso, como toda lei, está ancorada na prática, na história e na integridade.

<sup>595</sup> Segue-se, nesse ponto, a classificação de CONTINENTINO que parece ser mais objetiva, servindo ao escopo de pontuar a pluralidade de conceituação possível ao termo ativismo judicial e a própria dificuldade de, de fato, conceituá-lo. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual**. Revista de informação legislativa. V. 49, n. 193. Jan./mar., 2012. p.144-145.

<sup>596</sup> Em CONTINENTINO encontra-se que: O estudo de Robert Lipkin (2008, p. 13-54) cuida, em particular, da correlação entre o conceito de ativismo judicial e o *reasonable disagreements*. A relação entre o pluralismo na interpretação constitucional e a legitimidade do *judicial review* foi por mim explorada. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial**. p. 143.

<sup>597</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial**, p. 144.

<sup>598</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial**, p.144.

orientações individuais dos juízes ou de Cortes em contraste com a correta interpretação da norma constitucional, que, estão acima de qualquer suspeita ou controvérsia”.<sup>599</sup> Por fim, uma quinta conceituação poderia significar uma Corte que desrespeita a doutrina dos precedentes judiciais, como se significasse um desrespeito ao direito pré-existente. Ou seja: julgar conforme a sua própria subjetividade e conveniência. Crítica que embora mais objetiva, não eliminaria a imprecisão do conceito.<sup>600</sup> Não sendo algo ruim, por certo, no entanto, especialmente no Brasil, a expressão ativismo judicial é vista, inadvertidamente, como expressão pejorativa<sup>601</sup> consistente na atividade judicial de criar o direito.<sup>602</sup>

Neste texto compreende-se ativismo judicial a partir da atuação criativa<sup>603</sup> dos julgadores, não como a interpretação que viola lei e princípios fazendo valer a opinião individual do julgador, mas como uma deliberada expansão do papel do Judiciário,<sup>604</sup> mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.<sup>605</sup>

No Brasil, quanto ao ativismo judicial,<sup>606</sup> é possível distinguir duas fases ou dimensões. A primeira havida na República Velha, 1909 e 1926, sob o auspício da Constituição de 1891, quando se deu um debate doutrinário e jurisprudencial candente

<sup>599</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial**, p. 144.

<sup>600</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial**, p. 144.

<sup>601</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro. Forense, 2014. p. 149.

<sup>602</sup> Para saber mais veja: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

<sup>603</sup> Verifica-se, das experiências da Suprema Corte americana, principalmente no período da Corte Warren, que o ativismo judicial e, por consequência, o papel criativo dos juízes constitucionais, na maioria das vezes, não esteve a restringir o processo democrático, ao contrário, permitiu sua manutenção e eficiência. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da suprema Corte americana**.

<sup>604</sup> Para LEITE existem “dimensões ou aspectos ativistas de uma decisão judicial que apontam para um alargamento dos poderes de um Tribunal”. Nessa perspectiva pluridimensional e considerando que o desinteresse no acerto ou desacerto e considerada a tônica de realce das decisões, sistematiza o ativismo judicial na jurisprudência do STF da seguinte forma: a) ocupação de vazios normativos; b) criação e/ou alteração de normas constitucionais; c) expansão de poderes processuais e da força de suas decisões; d) ativismo de precedentes; e) ativismo contramajoritário; f) imposição de obrigações positivas ao Poder Público; g) maximalismo judicial. LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo Judicial ao diálogo constitucional**. Ed. Lumen juris. 2. ed. p. 146.

<sup>605</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2017. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo-democratico-brasil-chronica-um-sucesso-imprevisto.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

<sup>606</sup> Há um uso indiscriminado do termo “ativismo judicial” com diferentes significados, especialmente numa perspectiva crítica de atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro que em tempos de crise econômica, democrática e política é convocado a proferir decisões sobre orçamento, sobre políticas públicas e sobre garantias sociais frequentemente. Funcionando como importante ator da cena política e executiva da nação.

sobre a teoria brasileira do *habeas corpus*, instituto que era utilizado na época para “proteger a liberdade individual, resguardar a liberdade de locomoção das prisões ou restrições injustas.”<sup>607</sup> Como o texto constitucional tratava de disposição abstrata, coube aos Ministros Pedro Lessa e Enéas Galvão a defesa do instituto “sempre que a liberdade de locomoção fosse meio necessário para exercício de outros direitos”,<sup>608</sup> denotando que houve uma expansão interpretativa criativa do alcance do remédio jurídico para assegurar e garantir outros direitos fundamentais. A teoria do *habeas corpus* representou fato histórico no direito brasileiro, visto na acepção de Castro Nunes como:

[...] o facto de maior significação em toda a nossa vida judiciária, comparável a certos respeitos ás duas maiores criações jurisprudenciaes conhecidas – o *détournement du pouvoir*, pelo Conselho de Estado, e a revelação do poder, omisso no texto americano, de declarar inconstitucionaes as leis do Congresso, derivado por construção pela Côrte Suprema dos Estados Unidos.<sup>609</sup>

Nesse período o Supremo Tribunal valeu-se de outras interpretações ampliativas para obstar violações ou restabelecer o *status quo ante* de direitos. Ampliando, por exemplo, o instituto do interdito possessório para além dos direitos reais, alcançando direitos pessoais. Havendo uma intenção criativa da Corte na promoção da realidade, mesmo quando ausente mecanismo processual hábil ao combate de atos coatores de restrição de liberdades.<sup>610</sup>

A segunda fase da dimensão do ativismo judicial no Brasil se daria no período da redemocratização, quando da atuação da Corte constitucional após o advento da Constituição de 1988. Esclareça-se que há indícios de que o STF, durante os regimes autoritários, embora possuísse a tarefa constitucional de fazer o controle de constitucionalidade – exceto dos atos de exceção - interpretação da lei em tese,

<sup>607</sup> LESSA, Pedro. **Do Poder judiciário**. Rio de Janeiro: livraria Francisco Alves, 1915. p.269. disponível em: [https://www.revistas.usp.br\\_article\\_download](https://www.revistas.usp.br_article_download). Para GROSTEIN, Julio, o art. 72, §22 as Constituição de 1891 dispunha sobre o cabimento do Habeas Corpus “sempre que o individuo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coacção, por ilegalidade, ou abuso de poder”. Redação “genérica” e “generosa” que permitiu ao STF, a partir de 1909, “um posicionamento de ampliação das hipóteses de cabimento do Habeas Corpus, estendendo-o a outros direitos, dependentes da liberdade de locomoção”. (GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p.153).

<sup>608</sup> BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Ésse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense. 1968. p. 62.

<sup>609</sup> NUNES Castro. **Do mandado de segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do Poder Publico**. São Paulo: Livraria Acadêmica. 1937. p. 3-4. In: GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**, p. 148-150.

<sup>610</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**, p. 156-157.



supervisão de decisões judiciais e disciplina de juízes, exercia suas funções de forma alinhada com o regime governamental autoritário. Mostrava-se uma Corte contida pela passividade do monopólio do procurador-geral da República.<sup>611</sup> Da sua atuação, nesses períodos, não houve “[...] qualquer avanço na proteção das liberdades individuais”.<sup>612</sup>

De modo que somente após a promulgação da Constituição de 1988, mais especificamente, com a reforma da composição da Corte pela aposentadoria de Ministros nomeados durante o regime militar e a chegada dos Ministros Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, potencializado pela Emenda Constitucional no. 45/2004 é que se dá a segunda fase do ativismo no Brasil, com a atuação da Corte em favor da concretização de direitos fundamentais, dentre eles o de maior relevo, os direitos sociais.<sup>613</sup>

Aparentemente, há uma equivocada leitura do termo ativismo judicial como se significasse a atuação de um juiz (Hércules) que não respeitaria a lei ou a história da comunidade e decide de acordo com a sua própria vontade, com seus próprios intuitos morais. Para esses críticos, ativismo judicial seria uma forma de burlar a imparcialidade e de ofender o princípio da separação dos poderes. Quase como se os juízes “ativistas” fossem verdadeiras ameaças à democracia. No entanto, entendendo o direito como integridade, poderia se pensar que o Tribunal Constitucional, por ser um fórum de princípio, estaria mais apto do que o legislativo para garantir os direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente em razão de que “a democracia se constitui com a comunidade, onde cada membro se sente parte e assume a responsabilidade pelas decisões que coletivamente construiu”.<sup>614</sup>

No Brasil, todos os atores políticos estão postos debaixo do guarda-chuva da Constituição, porém, diferentemente da ambiência americana, aqui a Constituição de 1988 determinou a plena efetividade de suas garantias fundamentais. Nesse sentido, a Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, uma vez que interpretada como um todo, importará a consideração que também suas cláusulas abstratas são fundamentais.<sup>615</sup>

---

<sup>611</sup> KOERNER, Andrei. **Ativismo judicial? Jurisprudencia constitucional e política no STF pós 88**. Novos Estudos. n. 96, 2013. p. 80.

<sup>612</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**, p. 156-157.

<sup>613</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**, p. 159.

<sup>614</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 81.

<sup>615</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 454.

Em vista do que se põe, uma decisão judicial não pode ser “adequada ou coerente de forma isolada”, deve, antes de tudo, “estar de acordo com os princípios de moralidade política abstratamente considerados”, de modo que importa encontrar a teoria moral que “justifica e fundamenta as regras concretas” no tema proposto.<sup>616</sup> Não haveria, assim, no direito como integridade uma atitude ativista, mas a melhor interpretação do texto constitucional.

A história brasileira, como se viu, é marcada por sucessivas rupturas constitucionais e em muitos desses momentos as Cortes foram mais submissas aos demais poderes.<sup>617</sup> O que parece ter obstado um diálogo mais longo sobre o papel desempenhado pelas Cortes no ambiente nacional.<sup>618</sup> Atualmente, por sua vez, “é raro uma maioria do Tribunal deixar de decidir determinado caso, ou decidi-lo sem base nas próprias razões com o propósito de respeitar ou adotar as razões de outro poder”,<sup>619</sup> o que não significa que decidam em favor de direitos fundamentais ou com base no direito como integridade. Pesquisas sobre o papel desempenhado pelas Cortes constitucionais no Brasil são mais férteis a partir de 1990,<sup>620</sup> portanto, após a promulgação da Constituição. O que serviria para indicar as feições originais do Estado de direito brasileiro. A Constituição de 1988 é a representação de uma possibilidade real de mudança de padrão<sup>621</sup> jurídico-institucional, onde a Constituição ocupa o vértice dos sistemas de justiça.

As críticas que fazem contra uma atuação mais proeminente da Corte constitucional brasileira são quanto ao caráter contramajoritário dos juízes, que não teriam competência para elaborar novo direito, pois, não teriam sido eleitos pelo povo. Ainda, aceitando-se que os juízes possam desenvolver o direito, quais seriam, então, os critérios mais adequados a serem empregados?

---

<sup>616</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A decisão Judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade?** In: **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Organizadores: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 176.

<sup>617</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A decisão Judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade?** p. 176.

<sup>618</sup> GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**, p. 148-150.

<sup>619</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 314.

<sup>620</sup> KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. Novos Estudos. n. 96, 2013. p. 74.

<sup>621</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 53.

Na ambiência brasileira contemporânea, sempre que se discorda de uma decisão dada pelo STF acusam-no de ativismo judicial, no sentido de que estaria por invadir espaços próprios de outros poderes, intervindo em temas sobre os quais não teria legitimidade democrática, por não ter sido eleito pelo povo. No entanto, esquecem-se que a Constituição brasileira de 1988 adotou a teoria da tripartição dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário com a finalidade de que nenhum deles se sobreponha em relação ao outro. A separação dos poderes estaria assentada na independência e na harmonia entre os órgãos do poder político que, embora independentes organicamente – não havendo nenhuma subordinação ou dependência – quanto ao exercício de suas funções, são submetidos constitucionalmente por engrenagens de controle mútuo, como um sistema de freios e contrapesos, que equilibra a realização do bem social e serve como obstáculo eficaz contra abusos e arbitrariedades.<sup>622</sup>

Ao contrário do que se possa pensar, a característica da independência entre os Poderes não está no exercício das funções que lhes são inerentes, mas na predominância do seu desempenho. Desse modo, as funções atípicas de cada poder são realizadas subsidiariamente pelos outros poderes como meio garantidor de sua própria autonomia e independência, como freio e contrapeso,<sup>623</sup> e, o traço característico das formas de manifestação das Cortes ativistas é o movimento “[...] expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupado por aqueles”.<sup>624</sup> O núcleo comportamental do ativismo judicial é a ampliação do poder decisório que juízes e Cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.<sup>625</sup> A questão do protagonismo e da última palavra do judiciário decorreriam daí.

É possível constatar que a atividade do STF tem sido de extrema relevância para a sociedade. Inúmeras decisões que conjugaram direito e moral serviram para ampliar e efetivar a proteção de direitos estabelecidos na Constituição, tais como as

---

<sup>622</sup> CUNHA JR., Dirley. **A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. v. 26 n. 28. 2016. Acesso em: 29 jun. 2020.

<sup>623</sup> CUNHA JR., Dirley. **A judicialização da política, a politização**.

<sup>624</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo**, p. 152.

<sup>625</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo**, p. 152.

decisões sobre as uniões homoafetivas,<sup>626</sup> interrupção de gestação de fetos anencefálicos,<sup>627</sup> pesquisa sobre células tronco,<sup>628</sup> alteração de registro civil por transexual, licença maternidade para mãe adotante, entre outras. Embora em alguns casos se possa falar em excessos na decisão, ou, que o Supremo deveria ter sido mais autocontido, isto não serve para desconstituir o fato de que a expansão do papel do judiciário, sob o signo do paradigma constitucional, trouxe um olhar de igualdade e de liberdade para as minorias circunstanciais.

Nota-se que para além da carga negativa impregnada ao termo, ativismo judicial tem injusta<sup>629</sup> conotação de transbordamento da função própria pelo judiciário, o que implicaria na sua ausência de legitimidade. Porém, no Brasil, os direitos de liberdade, igualdade e dignidade das famílias são afirmados na carta constitucional. Logo, a própria discussão a respeito de questões políticas deve ser reconfigurada, pois, tais direitos não podem ser considerados meras questões políticas. São questões constitucionais e também são questões políticas, portanto, não há como evitar que sejam enfrentados e efetivados pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora seja de fácil compreensão que, no âmbito do direito de família o papel que vem sendo desempenhado pelo Supremo é essencial para os fins da justiça,<sup>630</sup> há uma dificuldade em aceitar o protagonismo do STF, o que decorre, possivelmente, da ideia de que a interpretação da lei e da Constituição deveria seguir um trabalho mecanicista do juiz, de modo a mantê-lo neutro e da ideia de que o direito é igual ao texto legal. Compreende-se, equivocadamente, que a norma deveria trazer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos (morais e políticos). Os fatos lá estariam para serem enquadrados na norma, permitindo o silogismo que solucionaria

<sup>626</sup> ADI 4277 e a ADPF 132. j. 05.05.2011. Rel. Min. Ayres Britto. Segundo o Ministro Luiz Fux: “o que faz uma família é, sobretudo, o amor não a mera afeição entre indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional”. (voto fls. 13/14)

<sup>627</sup> ADPF 54. j. 12/04/2012. Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

<sup>628</sup> ADI 3510. j. 29.05.2008. Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

<sup>629</sup> Para CONTINENTINO trata-se de uma ideologização da nossa prática judicial e do seu discurso crítico. (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial**, p. 145.)

<sup>630</sup> A justiça é aqui observada tal qual em DWORKIN, como resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão de estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre decisões políticas da maneira adequada. E o devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação das regras e regulamentos que o sistema produziu. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 483.)

problemas: a lei é a premissa maior; os fatos a premissa menor; a sentença a conclusão, o produto da subsunção dos fatos à norma.<sup>631</sup>

No entanto, o direito não é simples questão de fato histórico desatrelado da moralidade, reconhecendo-se isso, não há como defender-se a atividade judicial desprovida da porção interpretativa do juiz. Barboza diz que os sistemas de tradição do Civil Law, antagonicamente, preocuparam-se mais em garantir a segurança jurídica pela codificação do direito, buscando tornar o sistema completo e mais conhecido da população e com isso garantir a segurança e previsibilidade no direito. Além disso, os códigos e sua pretensão de completude dariam a garantia de segurança, certeza e previsibilidade nas relações jurídicas, na medida em que todas as respostas estariam expressas nos Códigos, o juiz estaria, então, limitado a aplicar a lei, que já estava prevista e determinada.<sup>632</sup> Entretanto, a partir da nova ordem constitucional, com i) a superação do formalismo jurídico que trouxe a necessidade do uso de elementos externos à norma para a construção de decisões baseadas também em valores morais, anseios democráticos e de eficácia; ii) o nascimento de uma cultura pós positivista na qual o direito se aproxima da filosofia moral para encontrar a legitimidade democrática e a realização de políticas que assegurem o bem comum, não retirando a importância da norma, mas acrescentando a noção de que o direito não é só norma é também integridade e justiça como equidade,<sup>633</sup> e a iii) ascensão do direito público vinda com a publicização do Direito e a centralização da Constituição e dos valores constitucionais como norteadores desse novo direito,<sup>634</sup> houve a necessidade de modificação na forma de se interpretar a Constituição. A interpretação tradicional não mais servia aos fins e aos anseios de uma sociedade em constante evolução, cujos valores morais se modificaram constantemente.

Para muitos estudiosos, Dworkin se oporia ao ativismo judicial, opinião essa assentada na leitura de que o ativismo seria uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Tal entendimento parece ser um grave equívoco que decorre da leitura parcial das teses defendidas pelo autor. Para ele:

---

<sup>631</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2017. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2020. No mesmo sentido: DWORIKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 11-12.

<sup>632</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 234.

<sup>633</sup> DWORIKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982.

<sup>634</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**.

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.<sup>635</sup>

Dworkin não se opõe ao ativismo judicial, sua objeção se dá contra a atuação do juiz que ignora a doutrina do *Stare Decisis*,<sup>636</sup> que ignora a Constituição escrita e a não escrita, a história de sua promulgação, a tradição da cultura do povo para impor apenas o um ponto de vista lógico formal expresso nos textos escritos. Ele insiste que o direito é um conceito interpretativo,<sup>637</sup> portanto, devem os juízes aplicar a Constituição por meio da interpretação, de modo que suas decisões se ajustem à prática constitucional sem ignorá-la. Então, há também neste autor a compreensão de que as decisões judiciais devem expandir-se para além do que se encontra escrito em seus textos. Em suas palavras:

A Constituição, afinal, é um tipo de lei, e Hércules tem seu jeito de lidar com as leis. Interpreta cada uma delas de modo a, considerados todos os aspectos, fazer seu histórico chegar ao melhor resultado possível. Isso exige julgamentos políticos, mas estes são especiais e complexos e, de modo algum, iguais aos que faria se estivesse votando uma lei a respeito dos mesmos problemas.<sup>638</sup>

E conclui que:

A Constituição é o fundamento para a criação de outras leis e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como a suas cláusulas abstratas, deve ser fundamental. Deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las [...].<sup>639</sup>

<sup>635</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 451-452.

<sup>636</sup> A doutrina do *stare decisis* se “fundamenta no fato de que a coerência entre as decisões garante a coerência do sistema na sua totalidade” porque “as máximas do direito criariam uma relação lógica e coerente de sistema buscando-se uma perfeita trama de coerência das coisas, uma série de regras e princípios organizados “do mais amplo e mais genérico, por muitos graus de descida, como num pedigree ou genealogia, ao mais especial e particular”, com todas as partes da estrutura “combinadas como se possuíssem uma consanguinidade ou concordância natural”. BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **É importante o modo como os juízes decidem os casos?** Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em 12 jan. 2021.

<sup>637</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 488.

<sup>638</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 451- 452.

<sup>639</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 454.

Por meio da interpretação constitucional o julgador é colocado no centro da criação do direito, nos casos em que não há uma pronta resposta da norma para o caso concreto. Casos complexos, *hard cases* e antinomias, nos quais haverá a necessidade de se construir a interpretação da norma pela argumentação, pelos precedentes, pela cultura do povo e pela sua história. Para o bem ou para o mal, a interpretação criativa do texto constitucional (centrada nos princípios e nos valores da Constituição) é de grande valia para a sociedade brasileira e para a preservação da democracia. Opinião que não é rasa, porque ativismo judicial não é somente decidir sob o signo dos valores e dos princípios da Constituição, é também meio de enfrentamento dos casos práticos paradigmáticos como modo de realização da justiça social, através da proteção dos direitos fundamentais através da expansão da igualdade e da liberdade.<sup>640</sup>

Considerando-se a atuação da Corte brasileira, especialmente nos julgados revisitados nos capítulos antecedentes, parece ser coerente afirmar que o papel exercido pelo tribunal constitucional contribui para preservação da democracia<sup>641</sup> na medida em que possibilita que todas as vozes da sociedade sejam ouvidas e tratadas com igual consideração e respeito. Além de servir de obstáculo a retrocessos em matéria de direitos fundamentais essenciais para construção de uma sociedade menos desigual e mais plural. De modo que seria este o papel que a Corte constitucional brasileira deveria ocupar e não outro, como o de uma discricionária simbiose entre o político e o jurídico.<sup>642</sup>

<sup>640</sup> BARBOZA, Estefânia; KOZICKI, Katya. **Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas**, p. 426.

<sup>641</sup> É possível que, no Brasil, a consolidação da democracia tenha servido de elemento para a expansão do papel do judiciário. Neste sentido BRANDÃO afirma que: “[..] o principal elemento propulsor da expansão do judiciário foi a consolidação da democracia brasileira. Com efeito, a solução das crises políticas pelas instituições constitucionalmente competentes – em diversas oportunidades pelo próprio STF – excluiu as Forças Armadas da vida política, e não mais pela força. Ademais, a consolidação do Estado de Direito minimizou, consideravelmente, o risco de descumprimento de decisões do STF ou de ataques institucionais à Corte caso ela proferisse decisões indesejadas por elites políticas e econômicas. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017. p.175. No entanto, a eleição de 2018 trouxe os militares para dentro do governo. As instituições (Congresso Nacional e STF) estão sob permanente ataque. Inclusive há severa ameaça pública de descumprimento de determinação judicial pelo presidente da República.)

<sup>642</sup> FALCÃO, Joaquim. **Fux não pode se encontrar com Lira: Simples menção à aceitação deste encontro já causa grande constrangimento público para a ministra Rosa Weber**. Para o autor, a intenção do legislativo em dialogar com o presidente do STF para tentar reverter as decisões da Ministra Rosa Weber sobre a questão dos orçamentos secretos e a respeito de precatórios comprometeria a legitimidade da Corte, que poderia abrir precedente para que qualquer relator

Deve-se ter em vista que “cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos”.<sup>643</sup> A jurisdição constitucional está assentada democraticamente sob dois pilares: i) a proteção dos direitos fundamentais, que não podem ser violados por qualquer deliberação política majoritária. E, ii) a proteção dos procedimentos democráticos de participação política. As democracias constitucionais, em grande medida, conferem “ao Judiciário e, mais particularmente à sua Suprema Corte ou Corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das majorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias”.<sup>644</sup> Fica claro que, o advento constitucional exigiu a alteração do modo como a Constituição Federal deve ser interpretada e aplicada, trouxe também, um aumento da atividade judiciária e de consequência, a necessidade de prolação de decisões políticas na realidade institucional. O que serviu para redesenhar os papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

De certo modo, o papel contramajoritário conferido às Cortes constitucionais, associado ao desenho da Constituição, à expansão dos poderes da Corte a o amplo rol de direitos fundamentais, permite considerar que o ativismo judicial possa ser compreendido, na realidade brasileira, como um método interpretativo da Constituição, especialmente quando se trate de proteger direitos fundamentais de minorias. E, se isso estiver correto, é igualmente possível considerar que o ativismo judicial possa ser uma escolha interpretativa do julgador. Entretanto, há que se diferenciar essa técnica decisória expansiva, da transferência de questões políticas de outras esferas para os tribunais, que pelo princípio do *non liquet*<sup>645</sup> e, em razão da doutrina da efetividade, ficam convocados a decidir.

A transferência de questões políticas é movimento crescente e estratégico de delegação pelo legislativo e executivo para o judiciário. Partidos políticos de oposição ou que representam direitos de minorias também se utilizam deste litígio estratégico, quando perdem em votação majoritária ou mesmo quando sabem que irão perder no

---

pudesse apalavrar decisões judiciais. \_\_\_\_\_ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/flux-cao-nao-pode-se-encontrar-com-lira-08112021>. Acesso em: 08.11.2021.

<sup>643</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5. N.E. 2015. p. 23.

<sup>644</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**, p. 36.

<sup>645</sup> BRASIL. CPC. Art. 140 - O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. (Código de Processo Civil, Art. 140.)



legislativo, buscando no espaço judicial, por via argumentativa, uma outra possibilidade de interpretação da Constituição, necessária para avançar agenda progressista de proteção de Direitos fundamentais. Nesses casos há a transferência de decisão dos poderes Legislativo e Executivo para o poder Judiciário, que passa a estabelecer normas e condutas a serem seguidas pelos demais poderes.<sup>646</sup> A esse movimento deliberado e estratégico se denomina de judicialização da política.

Como se vê, o Estado não detém o monopólio de criação do Direito, a elaboração autônoma de normas jurídicas é possível.<sup>647</sup> A produção das regras do direito como “ato de nascimento da vida e não como certidão de óbito a ser estampada no museu da praxes<sup>648</sup> fomenta um direito (civil) brasileiro que não censura fontes e que por isso permite uma expansão interpretativa”. Um direito de família que jamais se resumiu à norma civil.<sup>649</sup>

A judicialização da política é, então, situação na qual juízes decidem por políticas públicas que já haviam sido feitas ou que, na opinião da maioria, deveriam ser feitas por legisladores e executivos.<sup>650</sup> Podendo significar tanto uma transferência do parlamento ou do executivo para as Cortes, como também aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais.<sup>651</sup> É certo, porém, que em uma sociedade tão desigual quanto a brasileira, a judicialização da política exige uma atitude ativista, especialmente para a promoção dos direitos fundamentais.<sup>652</sup> Então, pode-se compreender que, em vista do desenho constitucional nacional e diante das imensas desigualdades sociais existentes, uma opção pela interpretação da Constituição, segundo o método interpretativo criativo é engrenagem que permite a adoção de políticas públicas mais adequadas, como também a garantia dos direitos contramajoritários afirmados em lei.

---

<sup>646</sup> BARBOZA, Estefânia; KOZICKI, Katya. **Democracia constitucional, ativismo judicial**, p. 426.

<sup>647</sup> VELOZO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 21: Parte especial: do direito das sucessões – da sucessão testamentária; do inventário e da partilha (arts 1.857 a 2027). p. 203 In: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 3.

<sup>648</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p. 8.

<sup>649</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, p. 8.

<sup>650</sup> DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. **Behemoth ou leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões?** Em direito e democracia. In: DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. (Coord.). DARWICH, Ana. **Direito e democracia: estudos sobre ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: Cesupa, 2011.

<sup>651</sup> BARBOZA, Estefânia; KOZICKI, Katya. **Democracia constitucional, ativismo judicial**, p. 426.

<sup>652</sup> BARBOZA, Estefânia; KOZICKI, Katya. **Democracia constitucional, ativismo judicial**, p. 426.

Deste modo, o fenômeno da judicialização da política não é uma questão de protagonismo do judiciário, embora possa indicar que, contemporaneamente, a autocontenção judiciária não é uma tônica. Criticam-no, contraditoriamente, pelo caráter majoritário da democracia. Para Dworkin, no entanto, essa proteção dos direitos fundamentais pelas instâncias judiciais acabaria por fortalecer não apenas o processo democrático, mas o princípio constitucional fundamental da igual consideração e respeito porque as Cortes poderiam controlar de forma mais bem fundamentada os atos dos outros poderes, que, associada aos sistemas nos quais o executivo ou o legislativo exercem essa soberania sem qualquer limitação.<sup>653</sup>

Em um sistema de controle de constitucionalidade forte, para Waldron, a queixa de injustiça evaporaria porque, por mais razoáveis e bem-intencionados que sejam os legisladores, cedo ou tarde acabariam por julgar em causa própria<sup>654</sup> o que ensinaria a necessidade de um árbitro independente. Enquanto Waluchow entende que é justo que tribunais tenham a palavra final, porque eles não são partes na disputa entre minoria e legislatura.<sup>655</sup>

Para Dworkin,<sup>656</sup> no entanto, a transferência de decisões políticas para o judiciário não é em si uma atitude democrática ou antidemocrática. Reflita-se sobre a possibilidade de edição de norma que, por exemplo, considere a família como união entre homem e mulher com vistas à procriação, ou que retirem da mulher o direito ao aborto de fetos anencefálicos, ou ainda, na produção de decisões judiciais que imponham nacionalmente uma moralidade religiosa, exemplos de pautas atuais e possíveis que acabariam por suprimir importantes direitos de liberdade e igualdade da sociedade. Desse modo, não há que se falar em qualquer forma de usurpação de poderes pelo judiciário que estaria, assim, cumprindo a função jurisdicional que lhe foi entregue. O protagonismo do judiciário existe e é um fato, contudo, não significa que

---

<sup>653</sup> KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia. **Democracia constitucional, ativismo judicial**, p. 426.

<sup>654</sup> WALDRON, Jeremy. **Legislatures judging in their own cause**. *Legisprudence* 125. 2009. p.126-130.

<sup>655</sup> WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: an idiot responds**. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 18., 2005, p. 207-247.

<sup>656</sup> Para Dworkin os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias. Ele afirma que: "Não ofereço nenhum argumento para essa afirmação categórica; para fazê-lo, precisaria escrever outro livro. Teria de levar em conta, entre outras coisas, que os registros da Supre Corte carecem de regularidade, que as instituições que chamo de "majoritárias" nem sempre – ou nunca, como diriam alguns – representaram as opiniões ou os interesses da maioria dos cidadãos, e que a Corte às vezes exerceu o poder que, como declarou Marshall, tornaria essas instituições mais majoritárias do que teriam sido de outro modo." DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 427.

tenha ele a última palavra ou uma palavra final. A verdade é que juízes possuem um papel independente em uma democracia e não definem a doutrina jurídica. Eles participam de um intenso debate institucional<sup>657</sup> com os órgãos do governo e com a sociedade civil.<sup>658</sup> Dessa forma, podem contribuir com os outros poderes apontando a sua compreensão sobre a Constituição e seus princípios e, assim como os demais poderes, podem atuar para aprimorar ou corrigir suas ações.<sup>659</sup> Além disso, as decisões da Corte poderiam instituir regras de controles políticos, em similaridade com o que ocorre na ambiência canadense, através da instituição, por exemplo, de cláusula não obstante (*notwithstanding clause*).<sup>660</sup> Mencione-se, também, a participação da sociedade civil como *amicus curiae*,<sup>661</sup> de modo que, em razão do desenho constitucional brasileiro, vários entes são chamados a participar. Portanto, a tese da última palavra do Judiciário é ilusória e improdutiva.<sup>662</sup>

A constitucionalização do direito e o estabelecimento da revisão judicial possuem o senso comum de serem medidas que, mediante o fortalecimento do judiciário, propõe medidas difusoras do poder, especialmente quando atrelado a valores liberais ou igualitários.<sup>663</sup> Nesse sentido, mais acertado seria compreender que a melhor decisão, seja ela jurídica ou política, decorre da possibilidade de uma interação deliberativa entre elas e da busca de razões públicas genuínas que

---

<sup>657</sup> Para ROACH, a Atuação jurisdicional não impede o Legislativo de legislar, apenas determina que a política ofereça argumentos racionais para superar a decisão judicial, aperfeiçoando as instituições. (ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Irwin Law, 2001. p. 293)

<sup>658</sup> GINSBURG, Ruth Bader. **Speaking in a Judicial Voice**. *New York University Law Review*, v. 67. 1992. p. 1198.

<sup>659</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo**. p. 153. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20-%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

<sup>660</sup> TREMBLAY, Luc B. **The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. Oxford University Press and New York University School of law 2005. I-COM, vol.3. n4. 2005. p. 617-619. A cláusula notwithstanding está prevista na Carta de Direitos canadense, nela o Poder Legislativo poder, por meio de uma maioria qualificada, aprovar uma lei que colida com direitos afirmados. No entanto, poderá vigor por até cinco anos e não poderá ser aplicada quando se tratem de certos direitos. Não se trata de aplicá-la em oposição ao Poder Judiciário, mas de com ele dialogar em momentos importantes. Tanto que a cláusula foi efetivamente utilizadas pouquíssimas vezes na história.

<sup>661</sup> A participação dos “amigos da corte” para fornecimento de subsídios e incremento da qualidade das decisões judiciais está prevista no ordenamento jurídico brasileiro no Artigo 138 do CPC e também no Artigo 5º, XXXV e LV da CF/1988.

<sup>662</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição**, p. 166.

<sup>663</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina. E.D.A., 2020. p. 31.

justifiquem as suas atuações. De sorte que sempre haveria uma última palavra provisória apta a ser superada por outro ente.<sup>664</sup>

Não se trata, portanto, de afirmar que o Poder Judiciário possa atuar politicamente sempre, senão quando lhe são transferidos pelo próprio poder político ou quando diante da ineficiência dos outros poderes, na garantia dos direitos fundamentais e na inércia na adoção e implementação das políticas públicas necessárias à população.

Outros fenômenos de transferência de poderes existem, dentre eles a justiciabilidade<sup>665</sup> dos direitos socioeconômicos, como forma de efetiva realização de direitos sociais econômicos por meio de mecanismos jurídicos de exigibilidade desses direitos econômicos fundamentais. Servindo para fundamentar decisões judiciais à luz da realidade dos contextos sociais marcados pelas profundas desigualdades sociais.<sup>666</sup> E, a partir da segunda metade do século XX, pode-se falar da Juristocracia<sup>667</sup> como estratégia das elites políticas hegemônicas que se sentem ameaçadas para manterem-se no poder através do monopólio do judiciário.<sup>668</sup>

A Juristocracia seria, então, um fenômeno que ultrapassaria o que se convencionou por ativismo judicial, sendo uma nova ordem política, na qual há uma “amputação” voluntária dos demais poderes constituídos, conscientes de uma transferência voluntária de seus poderes decisórios ao judiciário. Para Hirschl seria uma espécie de consórcio entre elites políticas, econômicas e judiciais no qual cada um atuaria a partir do seu interesse, com a finalidade de determinarem o cronograma, a natureza e a extensão das reformas constitucionais.<sup>669</sup> O que viria em proveito de i) uma preservação do político na tomada de posição quando diante de um caso polêmico (como por exemplo questões de aborto ou de casamento homoafetivo, nas quais sempre haverá a possibilidade de desagradar parte do eleitorado) e, na ii)

---

<sup>664</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 169.

<sup>665</sup> GARAVITO, César Rodriguez. **Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America**. Texas Law Review, v. 89, n. 7, 2011. p. 1669.

<sup>666</sup> ARANGO, Rodolfo. **Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales em Colombia**. Biblioteca Jurídica Virtual UNAM. p. 17-34, [s.d.]. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/4.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2020.

<sup>667</sup> Juristocracia pode ser caracterizada pela “quantidade de poder sem precedentes que é transferida das instituições representativas para judiciários (HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1).

<sup>668</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: p. 1-5; 11-12; 38-49; 149-168; 211-223.

<sup>669</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**, p. 45.

preservação da hegemonia política do agente, quando ameaçado, e cuja composição da Corte Constitucional permita a compreensão de manutenção de seus interesses.<sup>670</sup>

É certo que a Juristocracia é forma anômala e indesejada de transferência de poderes que serve ao interesse de burocratas em detrimento do processo de representação popular. De modo que, preocupa não a interpretação expansiva do judiciário, especialmente em temas políticos, mas a nova dinâmica das relações entre os poderes.<sup>671</sup> Um motivo a mais para priorizar a leitura moral da Constituição por aquele que esteja subordinado ao império da Constituição.

Portanto, a questão crucial não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas, como deve ser exercido seu vasto poder.<sup>672</sup> Para além disso, em um contexto de autoritarismo e de avanço de um movimento conservador (que pretende a redução da dimensão dos direitos fundamentais), considerando que as Cortes acabam por revelar direitos pré-existentes e que, em alguma medida e sob certas circunstâncias, criam direito novo e tomando-se por base que a elas incumbe a proteção dos direitos fundamentais, importa refletir, também, sobre a sua legitimidade.

Tenha-se em mente que, as Cortes Constitucionais como defensoras dos preceitos constitucionais democráticos, em contextos populistas e autoritários, podem sofrer “bullying constitucional”, como estratégia de atuação reiterada de outros Poderes na promoção de agressões sistemáticas a ela como forma de esvaziar o *judicial review*.<sup>673</sup> Agressões essas que não se confundem com críticas, que revelam, em verdade, a tentativa de fazer parar as engrenagens de freios e contrapesos instituídas pela Carta constitucional para fazer prevalecer preferências político-ideológicas arbitrárias, que podem significar um enfraquecimento da própria independência judicial. Todavia, é, exatamente essa autonomia (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade, e etc) que garante o seu pleno funcionamento.<sup>674</sup> Seja como for, quer parecer que, do que até aqui se viu, o papel desempenhado pela Corte Constitucional tem sido relevante para a sociedade de agora.

---

<sup>670</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**, p. 45.

<sup>671</sup> Este estudo embora não trate das consequências da Juristocracia, reconhece que a transferência voluntária de poderes, na sociedade brasileira, é um fato e ao considerar que as Cortes não podem se recusar a decidir o caso concreto sob pena de denegação da justiça, quer refletir sobre como os juízes exercem o seu papel institucional nessa nova dinâmica das relações de poder. E, se, enquanto promotores dos valores da Constituição podem, ou não exercer um papel transformador da realidade social.

<sup>672</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 427.

<sup>673</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo**, p. 315.

<sup>674</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo**, p. 316.

### 3.2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN E A LEGITIMIDADE DA CORTE CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS FAMÍLIAS PLURAIS

A Constituição federal de 1988, assim como a maioria das Cartas constitucionais da América Latina do pós-guerras, tratou de compreender os direitos sociais como essenciais para uma vida digna, alçando a condição de valor constitucional fundamental. Para Rawls as instituições básicas da sociedade não devem ser apenas organizadas e eficientes, elas devem ser justas.<sup>675</sup> E para que seja estável a concepção de justiça deve ser apropriadamente motivada para que possa realizar aquilo que a justiça requer.<sup>676</sup> No entanto, o que é justiça?

Por certo não basta que, por exemplo, o direito fundamental à igualdade seja interpretado como se fosse concebido no sentido de uma justiça formal. Há a necessidade de uma interpretação mais robusta do direito para que se torne efetivo. Não basta, então, proibir a discriminação para que haja uma igualdade substancial.<sup>677</sup> É preciso que todo o sistema de justiça trabalhe para que de fato os direitos possam ser substanciais. Veja-se, por oportuno, que entre 2008 a 2021, 1.645 pessoas da comunidade trans brasileira foram vítimas de homicídio.<sup>678</sup> Como falar-se em igualdade substancial nesse contexto? Ainda que devastador, a morte é apenas uma das facetas da discriminação e da ausência de respeito a alteridade.

No Brasil, as pessoas trans lutam por importantes reconhecimentos, como: retificação do nome social e o direito de serem tratadas pelo gênero que as representa; o direito de pertencer a uma família que as reconheça como são; por respeito no ambiente de trabalho e fora dele, inclusive para tratamento de saúde e pelo direito de suas identidades perdurem após sua morte.<sup>679</sup>

---

<sup>675</sup> RAWLS, John. **A Theory of justice**, Cambridge, Harvard University Press, 1º. Capítulo.

<sup>676</sup> RAWLS, John. In: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 225.

<sup>677</sup> VELASCO, Marina. **O que é justiça? O justo e o injusto na pesquisa filosófica**. Um exemplo: as cotas raciais universitárias. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009. p. 31-32.

<sup>678</sup> PAIVA, Letícia; MATIAS, Juliana. **Pessoas trans batalham na justiça por acesso a direitos já reconhecidos**: Após discriminações cotidianas, elas buscam amparo no judiciário até para trabalhar e receber atendimento de saúde. Fonte: JOTA. São Paulo. 29 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/pessoas-trans-batalham-na-justica-por-acesso-a-direitos-ja-reconhecidos-29012022>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

<sup>679</sup> PAIVA, Letícia; MATIAS, Juliana. **Pessoas trans batalham na justiça**.

Ocorre que tais temas são postos à responsabilidade do judiciário porque na dinâmica cotidiana não foram enfrentados adequadamente pelo poder público. Ou porque decorrem de um litígio estratégico. Não se pode deixar de refletir, nessa seara, sobre o momento histórico vivenciado, de ascensão do autoritarismo e do crescimento de um novo conservadorismo que é carregado de uma moralidade religiosa que reduz a pluralidade da sociedade, se seria justo que a Corte constitucional ocupasse um lugar de conformação com o legislador, atuando acanhadamente em deferência ou submissão aos ditames do governo? De outro ângulo, interessaria, especialmente, aos direitos fundamentais postos em risco pelos movimentos conservadores, antagônicos aos princípios constitucionais, que essa mesma Corte, partindo de um sistema de mecanismos de freios e contrapesos, pudesse comprometer-se com a promoção das igualdades e das liberdades? Uma Corte comprometida, portanto, com a defesa dos direitos da família?

Não se pode deixar de lembrar, no entanto, de que há um profundo descompasso na realidade constitucional brasileira, de avançada dogmática constitucional limitada por uma casa de máquinas enferrujada que prioriza o majoritarismo em detrimento da “angústia da desigualdade”.<sup>680</sup> Gargarella, que não defende a última palavra do judiciário, mas do povo através da justa deliberação, afirma que é importante que cada pessoa deve ser a autoridade final sobre o modelo de vida que prefere desenvolver e que as questões que transcendam o domínio da moral privada devem ser resultantes de um profundo processo de reflexão coletiva, cuja tomada de decisão deve ser absolutamente imparcial. Nesse sentido, as decisões públicas deveriam refletir os pontos de vista de todos aqueles possivelmente afetados por elas.<sup>681</sup>

A realidade brasileira não permite a consideração de um poder legislativo disposto a ouvir pautas minoritárias, restando ao bastião da última fronteira a defesa intransigente dos direitos fundamentais afetos às famílias plurais. Portanto, ainda que não ideal, é essa a realidade para ser trabalhada neste momento. O protagonismo do judiciário (que não se confunde com uma última palavra) é necessário para a

---

<sup>680</sup> Sobre o constitucionalismo regional e as dificuldades orgânica e dogmática das Constituições latino americanas, sugere-se a leitura de GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina**. Katz Editores. Buenos Aires. 2014. p. 309-345.

<sup>681</sup> GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito. Corte Constitucional para el Período de Transición. 2011. p. 279.

promoção da liberdade e da igualdade das famílias brasileiras, especialmente porque o legislativo ainda não é um espaço plural e nem teme as minorias, afetadas pelas normas por ele editadas.<sup>682</sup>

Em contextos de democracias construídas por documentos constitucionais fortes em direitos fundamentais, com mecanismos fortes de jurisdição constitucional,<sup>683</sup> onde o desenho de cláusula de abertura associado a desigualdades sociais, há a necessidade de o julgador contribuir interpretativamente para a efetiva entrega dos preceitos constitucionais. Restando insustentável que a construção normativa se dê, exclusivamente, por parlamentos.<sup>684</sup> Considera-se, então, que uma Corte constitucional que entenda e reconheça seu papel transformador<sup>685</sup> dá melhores respostas à sociedade porque entrega aos cidadãos os valores e as promessas da Constituição, sem, contudo, violar os outros espaços da representação democrática.<sup>686</sup> Antes ao contrário, fomenta e estimula um importante diálogo institucional valorizando e respeitando a separação dos poderes.<sup>687</sup>

Para Dworkin, nenhum grupo social possui mais capacidade moral de argumentação que os juízes<sup>688</sup> (*community morality*) e, por isso, podem resolver o

<sup>682</sup> Neste sentido cite-se a atuação da Frente Parlamentar Evangélica. Disponível em: <<https://portal.unit.br/blog/noticias/como-a-bancada-evangelica-e-influente-na-politica-brasileira/>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

<sup>683</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo. Almedina, 2019. p. 26.

<sup>684</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**, p. 79-80.

<sup>685</sup> No contexto da América Latina o juiz deve observar o seu papel transformador para aproximar da vida cotidiana do cidadão as promessas constitucionais. (ROA, Jorge Ernesto. **El Rol Del Juez Constitucional Em El Constitucionalismo Transformador Latinoamericano**. MPIL Research Paper Series nº 2020-11. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3571507](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3571507)>. Acesso em: 20 mai. 2021.

<sup>686</sup> A justiça constitucional transformadora, ..., através do acesso direto dos cidadãos ao controle de constitucionalidade, agregando virtudes democráticas e deliberativas que contribuem como suporte democrático para o *judicial review*. ROA, Jorge Ernesto. **La Ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latino-americano**. 2021. p.56 e 57. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co>.

<sup>687</sup> A última transição constitucional fez surgir um reforço da atividade judicial, enquanto um poder cada vez mais ativo na concretização da Constituição, que busca ocupar um espaço mais efetivo na luta entre os poderes estatais. De modo a crer que possa realmente fazer contrapeso aos excessos e omissões dos demais poderes. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. **O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da Jurisdição Constitucional Brasileira**. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva, estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999**. São Paulo. Thomson Reuters, 2020. p. 93-111.

<sup>688</sup> Em oposição, Maus critica a teoria de DWORKIN, grosso modo, por entender que a atividade jurisprudencial sempre dispõe de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. E que quando a Justiça ascende à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. E questiona se não seria a justiça, em sua atual conformação, além de substituta do



dilema através da interpretação jurídica.<sup>689</sup> Entretanto, uma ressalva deve ser feita, essa atitude interpretativa não poderá ser discricionária, utilitarista ou convencionalista. Para a efetividade dos direitos fundamentais há que se ter em mente um tipo de interpretação que trate a todos com igual consideração e respeito, pois, deste modo, haveria no direito revelado à racionalidade do direito como integridade e a coerência desse, com o todo do sistema de regras e princípios, protegendo, assim, a Constituição (e seus sujeitos) dos valores morais a ela antagônicos.

Não se trataria, portanto, de reinterpretar o caso concreto das uniões estáveis homoafetivas ou, a descriminalização do aborto ou, o da possibilidade de doação de sangue independentemente da orientação sexual do doador, a partir de conceitos morais inexistentes na comunidade. Também não seria o caso de se impor um valor moral ou religioso sobre um direito preferencial forte da sociedade,<sup>690</sup> pois, a interpretação de Hércules deverá pautar-se pelo sistema de princípios.

Logo, a atividade judicial não pode mais ser compreendida como a mera aplicação do texto que está escrito na Constituição porque, em verdade, ela não está apenas lá. Os valores e os princípios da Constituição estão nos significados de suas sucessivas interpretações e reinterpretações que, por sua vez, dependem de um conjunto prévio de informações preestabelecidas. Qualquer afirmação que envolva a linguagem, envolve também a presunção de valores implícitos e preestabelecidos.<sup>691</sup>

O direito é um conceito interpretativo e os juízes devem decidir o que o direito é, interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram anteriormente.<sup>692</sup> Sob essa perspectiva, a linguagem escrita não diz tudo o que se quer dizer e tampouco é antídoto contra interpretações equivocadas. Desse modo, qualquer texto escrito, constitucional ou legal, depende de assunções implícitas, incluindo o que as Cortes

---

imperador, o próprio monarca substituído? (MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. p.187 \_\_\_\_ Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2021. MOUFFE, Chantal não acredita na necessária imparcialidade do judiciário na construção do direito. (CHANTAL MOUFFE. Entrevista realizada nas dependências da Universidade Federal do Paraná, em 06 de maio de 2010, conduzida por Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves, José Arthur C. de Macedo e Miguel Gualano de Godoy, sob a mediação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Katya Kozicki. Tradução e degravação realizadas por Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves e José Arthur C. de Macedo. Revista da Faculdade de Direito. UFPR. n. 51. 2010. p. 237-254.

<sup>689</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, p. 128.

<sup>690</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 166-167.

<sup>691</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Unwritten Constitutional Principles**. In: *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 297.

<sup>692</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 488.

consideram como senso comum e se devem incluir princípios jurídicos preexistentes. Nesse espectro, os textos normativos, normas constitucionais abstratas, oferecem instruções ambíguas, abstratas e abertas, que permitem novas interpretações e mudanças nos precedentes antes consolidados no âmbito do Judiciário.<sup>693</sup>

Sendo assim, é justo considerar que, sob o signo do paradigma constitucional, coube ao judiciário, através da atividade interpretativa dos seus quadros, a construção de um direito que entregou à família brasileira contemporânea enormes avanços em matéria de direitos fundamentais. Com essa assertiva não se quer, porém, afirmar que inexistem severas críticas<sup>694</sup> à atuação da Corte constitucional.<sup>695</sup>

As críticas existem e são legítimas,<sup>696</sup> exatamente por quanto muitas vezes são proferidas decisões utilitaristas, com as quais o direito como integridade não se coaduna.

---

<sup>693</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Unwritten Constitutional Principles**, p. 279.

<sup>694</sup> Não se desconhecem as críticas feitas a atuação do STF. No entanto, parte-se para a construção deste texto, do pressuposto de que a Corte Constitucional não decide com base no direito como integridade como método e como teoria decisória. Por isso as críticas existem e são legítimas. Quanto às críticas sugere-se a leitura de ARGUELES e RIBEIRO para os quais o desenho poderoso do STF dado pela Constituição, teria dado aos ministros parâmetros amplos de atuação que inclusive teriam poderes de liminar e individualmente atuar em tempo real na cena política nacional. (MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro.) Outras críticas severas são quanto à atuação da Corte através do plenário virtual. Que ante a absoluta ausência de deliberação colegiada, produz silêncio. GODOY, Miguel Gualano de. **STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministrocracia e o plenário mudo**. Belo Horizonte: Arraes, 2021.

<sup>695</sup> Para Brandão, “em virtude da tendência de rever a valoração feita pelo legislador à luz de uma interpretação que, a seu ver, otimize as potencialidades de princípio constitucional aberto, o STF na interpretação do conteúdo indeterminado da Constituição vem cada vez mais se afastando de uma perspectiva positivista – que, se utilizava amplamente de técnicas de autorrestrrição judicial - em favor de uma postura ativista, que dá pouco espaço à deferência a interpretações legislativas que, embora não pareçam aos olhos dos juizes as melhores ou mais eficazes, se afigurem razoáveis. Assim o judiciário, ao portar-se de forma perfeccionista, beira – e algumas vezes efetivamente transpõe – os limites entre controle de constitucionalidade e revisão da conveniência e oportunidade da lei, tornando factível a substituição da valoração legislativa pela judicial. (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial...**, p. 203). Nesse sentido também KOERNER aponta que “o ativismo judicial indica uma situação - limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial - o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo - produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria prejudicial à construção conceitual do Estado de direito, requisito para um sistema político democrático capaz de atender às exigências da dignidade humana (Ramos). O risco pode estar na perda de medida das decisões, na falta de justificação ou no desvio da atenção quanto aos problemas de reforma política (Barroso)”. (KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial?...*, p. 72).

<sup>696</sup> Para GODOY, o STF tem deixado de ser estudado a partir de suas atribuições para ser objeto de pesquisas quanto ao seu modo de funcionamento, desempenho (deliberativo, numérico, eficaz etc.) e a partir de suas disfuncionalidades e déficits de divisão de funções entre os poderes. GODOY, Miguel Gualano de. **STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a**

Outras vezes, no entanto, percebe-se a atuação deferente da Corte, o que também pode não se coadunar com a moralidade, a racionalidade e a coerência que o direito como integridade recomenda. Importantes pesquisas demonstram que o STF não está no lugar onde deveria estar,<sup>697</sup> na proteção dos direitos fundamentais das famílias, porque, nesse segmento, é a Corte em maior medida deferente que ativista.<sup>698</sup> Mesmo que se possa considerar que, toda e qualquer matéria possa ter fundamento ou implicações constitucionais, legitimando a Corte para interferir nas mais variadas escolhas políticas dos outros poderes.”<sup>699</sup>

O caso é que, notadamente, a Corte Constitucional não atua na promoção dos direitos fundamentais e sequer estrutura seu conteúdo decisório baseado na teoria do direito como integridade, embora em alguns julgados se perceba a sua referência. Para além disso, muitas vezes a Constituição é vista apenas segundo o que nela está escrito, entretanto, sendo a Constituição um fórum de princípios, demanda uma especial compreensão de que as normas escritas são tentativas de positivizar princípios e direitos construídos historicamente pela sociedade, por isso justifica-se a necessidade de um Judiciário que interprete os casos difíceis, que envolvam a interpretação de direitos fundamentais de textura aberta.

---

**ministrocracia e o plenário mudo.** Belo Horizonte: Arraes Editores. 2021. p. 1-3. No mesmo sentido: ARGUELHES, Diego Werneck. **Dossiê: O desenho do Supremo Tribunal Federal para além da conjuntura.** Revista Estudos Institucionais, v. 6, n.1, 2020.

<sup>697</sup> Neste sentido “Afinal, tudo que a jurisdição brasileira não precisa mais é da sobreposição de uma razão pautada pela convergência entre o pragmatismo na redução da carga de trabalho e o interesse restrito às questões formais ou corporativas, o que tornaria ainda mais escassas as possibilidades de realização dos direitos fundamentais em situações concretas”. COSTA, Alexandre Araújo, CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de, FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. Revista de Direito da GV. São Paulo. v.12. n. 1. Jan-abr 2016. p. 184.

<sup>698</sup> Pesquisas recentes demonstram que a atuação do STF no julgamento das ADIs não se concentra nas decisões relativas a direitos fundamentais e que, mesmo nas poucas decisões que lidam com a efetivação de tais direitos, elas são majoritariamente ligadas à proteção dos interesses corporativos das entidades legitimadas, o que é ainda mais grave no âmbito federal, em que praticamente 60% das decisões têm um caráter corporativo. Quando isoladas, as decisões ligadas especificamente à garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, resta evidenciado o caráter residual dos provimentos. Quantitativamente menos de 5% das decisões relatadas são de procedência. Portanto, fica claro que a garantia do interesse público mediante a efetivação de direitos fundamentais está longe de ser o núcleo da prática decisória do STF em sede de ADI. COSTA, Alexandre Araújo. BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais.** Universidade de Brasília. 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541)>. Acesso em: 13 mar. 2022. No mesmo sentido: GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**, p. 82-89.

<sup>699</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**, p. 315.

Para Dworkin a política deve estar subordinada ao império do direito que se constitui de toda a força axiológica e moral dos princípios e da integridade, devendo respeitar, para além do direito posto, suas premissas morais e éticas.

Assim, os juízes representariam um vínculo institucional mais adequado para carregar e impor a dimensão de princípio às decisões políticas, já que a legislatura é lugar naturalmente majoritário.<sup>700</sup> A Corte, então, não seria apenas uma agência de revisão constitucional, uma instância recursal, seria antes de tudo o fórum de princípio, dotada de dignidade e estatura diferenciada que decide sobre os pressupostos materiais da democracia, sem os quais o processo majoritário perderia legitimidade.<sup>701</sup> No entanto, não sendo eleita democraticamente, onde estaria a legitimidade da Corte constitucional para interpretar a Constituição no sentido de oferecer à sociedade a resposta para os conflitos que têm e precisam resolver? Como oferecer uma realidade menos desigual e de direitos efetivos? Como encontrar uma sociedade mais justa?

Para Rawls a sociedade moderna convive com um pluralismo doutrinário (religioso, filosófico, moral) incompatível entre si.<sup>702</sup> As pessoas divergem radicalmente quanto a concepções básicas, porém razoáveis. A superação desses desacordos morais seria possível pela via de uma concepção política da justiça, uma concepção moral das instituições políticas, sociais e econômicas. Trata-se de uma concepção das estruturas básicas da sociedade, não da conduta moral pessoal de cada qual, alcançada por um consenso sobreposto, entre pessoas razoáveis que aceitam doutrinas abrangentes razoáveis e que passa a ser um consenso verdadeiro aos olhos de todos.<sup>703</sup>

Considerando, porém, o contexto de forte avanço de pautas morais pelo executivo e pelo legislativo em contraponto aos direitos afirmados na Constituição Federal, seria lícito que o julgador atuasse a partir de suas convicções pessoais? De suas convicções religiosas?<sup>704</sup> Ou mesmo sob a perspectiva de suas considerações neoliberais que desprezariam a justiça social?

Tome-se por exemplo a ADPF 701<sup>705</sup> interposta no auge da pandemia do Coronavírus quando, às vésperas das celebrações de páscoa, a Associação Nacional

---

<sup>700</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 449.

<sup>701</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 448 - 449.

<sup>702</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**, p. 228.

<sup>703</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**, p. 230.

<sup>704</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**, p. 342.

<sup>705</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 701. Ementa: Proibição da realização de cultos religiosos presenciais. Extrapolação de poderes incompatível com a ordem constitucional vigente.

de Juristas Evangélicos pede, cautelarmente, a revogação de diversos decretos estaduais e municipais que obstavam o funcionamento de templos religiosos em geral como forma de conter a disseminação do vírus, ao argumento de privilegiar direito fundamental a liberdade religiosa. Nesta a liminar foi deferida,<sup>706</sup> permitindo o funcionamento irrestrito de templos religiosos em todo o País durante as celebrações de páscoa. Passado o feriado, no mérito da demanda, entendeu o Ministro relator por corrigir sua decisão<sup>707</sup> em homenagem ao Princípio da Colegialidade, uma vez que o STF já havia declinado sua posição de dar garantia à autonomia dos Estados e Município à promoção da saúde nos seus territórios. A questão chama a atenção por diversas questões, em especial, pelo fato de que a liminar não respeitou historicamente as decisões do colegiado e por ser o Ministro Relator evangélico, nomeado por um poder autoritário que atua, deliberadamente, em favor de uma ideologia religiosa pessoal sua. Sendo possível pensar-se que a decisão liminar possa ter sido concedida, apenas, para favorecer o exercício do credo religioso no ambiente nacional. Como uma forma de uma opacidade estratégica<sup>708</sup> do julgador.

---

Liberdade de consciência e de crença. Livre exercício dos cultos religiosos. Garantia de proteção aos locais e suas liturgias. Reunião de fiéis. Aspecto absolutamente essencial da religião. Min. Nunes Marques. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346073545&ext=.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

<sup>706</sup> EMENTA: Proibição da realização de cultos religiosos presenciais. Extrapolação de poderes incompatível com a ordem constitucional vigente. Liberdade de consciência e de crença. Livre exercício dos cultos religiosos. Garantia de proteção aos locais e suas liturgias. Reunião de fiéis. Aspecto absolutamente essencial da religião. (Brasília, 03 de abril de 2021. Ministro NUNES MARQUES Relator)

<sup>707</sup> DECISÃO: Em sessão plenária de 08.04.2021, cuja Ata foi aprovada em 14.04.2021, esta Suprema Corte, por maioria de votos, julgou o pedido improcedente na ADPF n. 811, ao fundamento de que são válidos e constitucionais os atos de Governadores e Prefeitos que permitem a abertura ou determinam o fechamento de igrejas, templos e demais estabelecimentos religiosos durante a pandemia da COVID-19. Portanto, ressalvado meu entendimento pessoal contrário sobre a questão, em respeito ao decidido pelo colegiado desta Corte, revogo a liminar anteriormente concedida nestes autos. Intime-se."

<sup>708</sup> No sentido de um uso estratégico do Plenário virtual, em casos controversos e de alta magnitude podem afetar o próprio resultado da decisão, facilitando decisões que "dificilmente seriam tomadas com um acompanhamento mais atento do público". E que, no plenário virtual, "cada ministro fica livre para individualmente pautar casos de sua relatoria a qualquer momento". Não havendo regras pré-definidas que limitem o número de casos pautados ou quaisquer parâmetros de agrupamento, por exemplo, em razão do tema. Fato é que "inúmeros casos importantes, controversos e de alto impacto vêm sendo pautados ao mesmo tempo, de maneira descoordenada e massificada, dificultando seu acompanhamento e controle pela mídia, sociedade e demais poderes" Juliana entende como uso opaco do PV essa atitude do Tribunal em se valer dessas poucas premissas para se "desfazer de casos controversos e de alta magnitude, evitando debates e cobranças às quais estaria sujeito nas deliberações presenciais ou por videoconferência" – estratégia decisória. Ver ADPF 457 e ADI 5581. ALVIM, Juliana Cesário. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/opacidade-plenario-virtual-zika-censura-escolas-12052020> Acesso em: 28 nov. 2021.

Reflita-se, então, sobre outras questões postas à justiça, como por exemplo, ação de guarda promovida por pai e avó de criança que, tendo sua mãe se unido afetivamente à um homem trans, teria passado a submetê-la a indevida orientação sexual para disforia de gênero. Ou outro, no qual pais reclamam ao judiciário o direito de promoverem adequação de nome *post mortem* de filha trans falecida ao completar 18 anos de vida. Qual seria a melhor decisão para estes casos? Não há norma que dê unicidade ao tratamento destes e de outros tantos. Estes reclamam não a subsunção do fato à norma, mas a aplicação do fórum de princípios que parta das questões mais abstratas para as mais concretas. É de se considerar, então, que a estrutura do direito é argumentativa,<sup>709</sup> e nesse particular, acredita-se que juízes devam “visar à integridade” em suas decisões, como melhor forma de “responsabilidade judicial”.<sup>710</sup>

Ao contrário do que se possa imaginar, a tese defendida por Dworkin não é vinculada exclusivamente ao modelo do Common Law, ela está apta à realidade brasileira porque em verdade a Constituição Federal, por sua cláusula de abertura (ampliação do rol de direitos fundamentais) alterou a estrutura jurídica do sistema do Civil Law dando primazia aos direitos fundamentais, modificando substancialmente o papel da jurisdição constitucional<sup>711</sup> e aproximando os sistemas de modo a permitir o uso do direito comparado para a nossa realidade atual. Além disso, cabe esclarecer que não se faz uma transmutação da teoria de Dworkin à realidade brasileira, mas usa-se a estatura teórica desse filósofo do direito para fomentar o aprimoramento das práticas nacionais do direito. Não como uma ingenuidade acadêmica, mas por acreditar pragmaticamente no aperfeiçoamento das instituições. Nessa perspectiva, a teoria de Dworkin olha as proposições necessárias à argumentação a partir do enfoque do juiz porque considera que o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. A estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícito e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre as outras formas de discursos legais que não é totalmente recíproca.<sup>712</sup>

---

<sup>709</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 17.

<sup>710</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**, p. 342.

<sup>711</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica** cap. 235.

<sup>712</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 19. Para uma compreensão melhor, sugere-se também, a leitura de HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. p.166 e KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**. p. 20.

Uma argumentação que parta do reconhecimento do fórum de princípios reconhece que esses podem ser “mais importantes do que as regras ou do que os objetivos políticos” porque expressam um “ideal construtivo da comunidade política”. Nessa perspectiva o juiz deve fazer uso de uma teoria decisória que diferencie argumentos de política, hábeis a justificar decisões políticas, de argumentos baseados em princípios, que por sua vez, possam justificar as decisões judiciais mais justas.<sup>713</sup> O direito é uma prática social argumentativa construtiva que exige um tipo de interpretação criativa que impõe um propósito a um objeto a fim de torná-lo o melhor exemplo possível<sup>714</sup> e o seu limite é a busca pela resposta certa, aquela que não é encontrada de nenhum outro modo que não pela atitude hermenêutica do julgador. A busca pela resposta certa, mais do que um método, significa uma postura hermenêutica perante o direito.<sup>715</sup> Nesse sentido Dworkin afirma que:

o direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamento. Tão pouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, poder ou processo.<sup>716</sup>

O Direito é uma atitude contestadora que faz de todo o cidadão uma pessoa responsável pelos compromissos assumidos pela comunidade de princípios que é igualmente reconhecida e confirmada pelas decisões dos tribunais, de sorte que os juízes têm a última palavra, mas, sua palavra não é melhor por essa razão”.<sup>717</sup> A atitude do direito é construtiva e tem por finalidade colocar o princípio acima da prática como um norte para um futuro que, embora coerente com o passado, seja melhor. É, também, uma atitude fraterna porquanto congrega a todos enquanto comunidade a despeito de interesses e convicções díspares.<sup>718</sup> A efetividade dos direitos fundamentais, ameaçados pelas concepções conservadoras, depende dessa atitude coerente e integra de todo o sistema de justiça, contra qualquer forma de retrocesso. Por essa razão haveria a legitimidade da Corte para conter os avanços autoritários das maiorias eleitas, que venham a resultar em perseguições políticas, violação de

<sup>713</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 31.

<sup>714</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 63-64.

<sup>715</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 43.

<sup>716</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 492.

<sup>717</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 492.

<sup>718</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 492.

direitos das minorias e dilapidação do próprio regime democrático.<sup>719</sup> Note-se que, o juiz constitucional não pode ser, ele próprio, um fiador do legalismo autocrático.

A questão, então, é pesquisar e entender a atividade jurisdicional decisória não nos tempos normais e naqueles casos em que a norma se adequa perfeitamente ao caso concreto, mas, precisamente como ela se desenvolve em tempos difíceis, nos tempos de erosão democrática, retrocessos de direitos e de expansão de regimes autoritários que pretendem ideologicamente a diminuição de direitos às minorias. Vê-se que as Cortes estão conseguindo cumprir papel decisivo na tarefa de impedir a “tirania da maioria” garantindo a estabilidade de normas que, não fosse ela, seriam alteradas conforme a vontade da opinião dominante. A despeito de qualquer autorização popular, o juiz seria um representante democraticamente legítimo, em uma democracia,<sup>720</sup> para permanentemente exercer este papel contramajoritário de proteção das minorias e de garantidor da Consituição.

No Brasil, a Corte constitucional tem competência para a fiscalização e controle dos atos políticos emanados dos outros poderes,<sup>721</sup> o *judicial review*, nesse sentido, serve ao regime democrático e favorece a produção de uma *accountability*<sup>722</sup> que permite um ambiente de pluralismo político e cultural,<sup>723</sup> não sendo antidemocrática, ainda que prevaleça o caráter contramajoritário, uma vez que democracia e jurisdição

<sup>719</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**, p. 295.

<sup>720</sup> Teses mais recentes laboram pela democracia deliberativa e reivindicam modelos institucionais de jurisdição constitucional que favoreçam o debate público e o diálogo institucional entre poderes com diferentes matizes conforme se adote uma concepção procedimental, substancial ou deliberativa de constitucionalismo. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 2a Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000; LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons; 2008; NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa; 2003; VALE, André Rufino do. **Argumentação Consitucional: um estudo da deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo. Almedina. 2019. p. 23. Existem ainda outras teses mais incisivas que defendem a absoluta primazia dos valores fundamentais (soberania, autonomia, participação popular etc.) das instituições (assembleia legislativa) e dos mecanismos de tomada de decisão (regra da maioria) próprios da democracia (em sentido formal, participativo e/ou deliberativo) e rechaçam por completo a necessidade de se canonizar direitos em um documento normativo e de se estabelecer institucionalmente o controle judicial da constitucionalidade das leis corolários do constitucionalismo. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press; 1999. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press; 1999.

<sup>721</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**, p. 31.

<sup>722</sup> A jurisdição constitucional vem cumprindo o importante papel de contribuir para a paulatina construção das democracias da região, ao exercer uma espécie de “*accountability* horizontal” – isto é, o controle político dos demais poderes (Executivo e Legislativo) – que cria as condições político-institucionais propícias para que elas deixem de ser “democracias delegativas se transformem em democracias consolidadas. VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**, p. 42.

<sup>723</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**, p. 33.



constitucional nasceram e se desenvolveram juntas.<sup>724</sup> Então seria possível afirmar que a legitimidade da Corte constitucional estaria na sua função contramajoritária de defesa das minorias, na produção discursiva das razões que a sustentam e não no desempenho dessa função.

Assim, as minorias identitárias como, por exemplo, a comunidade LGBT seriam protegidas não discricionariamente ou eventualmente, mas a partir de argumentos que garantem a legitimidade do Tribunal e que ao mesmo tempo fornecem um critério de accountability,<sup>725</sup> uma vez que o direito é um fenômeno social, e sua prática é argumentativa.<sup>726</sup>

Para Dworkin, a prática jurídica não é um lugar para os céticos. Na argumentação das práticas jurídicas, os atores se esforçam por seus pontos de vistas porque realmente acreditam que aquilo seja verdadeiro e esteja correto para o caso concreto. E não há mal em confrontar opiniões ou argumentos, porque, afinal, a interpretação pretende encontrar a melhor resposta para o caso concreto.<sup>727</sup> A lógica jurídica enquanto ferramenta técnica permite ao julgador a prolação de uma decisão, mas, não de qualquer decisão, permite a entrega de uma decisão motivada em direito que traduza a característica do raciocínio jurídico.<sup>728</sup>

No entanto, a legitimidade da Corte como representante política da sociedade, não basta a racionalidade dos argumentos postos nas suas decisões, é preciso que estes argumentos de autoridade sejam aceitos racionalmente pela comunidade, independentemente do preenchimento dos tradicionais requisitos de autorização e accountability.<sup>729</sup> De modo que, a fonte de emanação da legitimação não estaria adstrita aos mecanismos eleitorais.<sup>730</sup> Sob esse enfoque, também os órgãos judiciais e os Tribunais constitucionais possuem representatividade democrática. Uma representação democrática que é diversa da representação democrática que

<sup>724</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**, p. 34.

<sup>725</sup> MIGUEL, Luis Felipe; Bogéa. **O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa**. 2019. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 35. N. 104. p. 4. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/XVsvWQHJXRSQpVDQfTH8nXc/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

<sup>726</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 17.

<sup>727</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 103-106.

<sup>728</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1996. p. 538.

<sup>729</sup> REHFELD, Andrew. **Towards a General Theory of Political Representation**. Paper prepared for discussion at the Legal Theory Workshop, Columbia University, September 19, 2005. In: VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo. Almedina, 2019. p. 49.

<sup>730</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**, p. 48.

possuem instituições majoritárias eleitas. As Cortes constitucionais não estão sujeitas a possibilidade de *removability* e *responsiveness* em relação à eventuais demandas populares e mesmo que inexistente o caráter promissório (*promissory representation*), todavia, a sua representatividade está na *accountability* que se dá de forma horizontal, destinada ao controle da constitucionalidade dos atos políticos dos demais poderes estatais que possuem legitimação eleitoral e da própria autorização constitucional.

As Cortes constitucionais representam, então, os discursos plurais produzidos nas sociedades democrática contemporâneas, não as pessoas. Nesse sentido, a legitimidade da Corte constitucional está ancorada na aceitabilidade racional das decisões dada através de um procedimento de justificação jurídica (Art. 489 do CPC) assentado nos valores históricos e culturais da sociedade.<sup>731</sup> produzindo decisões fundadas em argumentos de autoridade e moralidade aceitos pela maioria em deliberação.

Para além desse papel, a doutrina aponta que a legitimidade das Cortes constitucionais estaria no “papel de vanguarda iluminista” no sentido de ser órgão encarregado de “empurrar a história quando ela emperra”.<sup>732</sup> Posição perigosa que exige além da cautela, a preocupação de não transformar o órgão em instância hegemônica.

Perigosa, mas não desarrazoada, são exemplos dessa vanguarda iluminista, nos Estados Unidos, o julgamento de *Brown v. Board of Education*; na África do Sul, a abolição da pena de morte pelo Tribunal Constitucional; na Alemanha, a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto pelo Tribunal Constitucional Federal; a Suprema Corte de Israel reafirmou a proibição da tortura, mesmo em casos de terrorismo. No Brasil, citam-se as decisões dadas pelo Supremo Tribunal Federal quanto à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais que, talvez, não se tratasse de uma posição majoritária na sociedade, no entanto se tratava da proteção de um direito fundamental à igualdade, tal como na decisão que permitiu a interrupção da gestação de fetos anencefálicos<sup>733</sup> e tantos outros.

---

<sup>731</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**, p. 57.

<sup>732</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria**. Revista brasileira de políticas públicas. Vol. 5. número especial. 2015. p. 42.

<sup>733</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**, p.42.

Os princípios, por certo, têm sua própria força normativa e derivam de uma moralidade política construída a partir das normas da comunidade. O direito, portanto, é moral e é político.<sup>734</sup> É construído, em cada caso concreto, por meio da interpretação racional de suas práticas.

### 3.3 PROPOSIÇÕES PARA UMA EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS PLURAIS

A teoria do direito como integridade está alicerçada em dois princípios distintos: um princípio legislativo, que pressupõe que leis sejam parte de um conjunto moral coerente; e um princípio interpretativo, que recomenda que esse conjunto de leis seja visto como coerente, no quanto for possível. No contexto brasileiro, a “esfera jurídica vem desempenhando papel central não apenas na aplicação do direito, mas também no debate sobre direitos e questões morais”, sendo o direito e não a política, o principal meio de resolução de conflitos.<sup>735</sup>

No direito de família muitas questões são morais e decidí-las, seja no âmbito político ou no jurídico, implica em aceitar um desgaste natural da própria imagem, mas, nem por isso pode a Corte Constitucional refutar-se à defesa dos direitos fundamentais. Por isso, a necessidade de se adotar uma teoria de aplicação do direito que seja mais adequada à realidade concreta brasileira e que, ao mesmo tempo, seja capaz de dar solução às controvérsias sociais, sem que sejam tratadas por filtros morais dissonantes da própria comunidade. Afinal, o direito é um construto moral e político que reflete os valores históricos da sociedade. E ainda que juízes e legislatura possuam desacordos morais, a teoria do direito como integridade se apresenta como uma importante ferramenta para uma hermenêutica jurídica, pois, compreende as decisões passadas dos tribunais como contendo uma teoria moral relevante, que deve se perpetuar, ajustando-se aos novos tempos. De forma a constituir uma comunidade de princípios na qual a integridade e a moralidade interna do direito são critério de validade.<sup>736</sup> Portanto, um critério e um limite para a própria atividade judicial, na

---

<sup>734</sup> DWORKIN afirma que a prática jurídica é um exercício de interpretação e nesse sentido reconhece que se trata de uma prática política. No entanto, não se trata de uma prática de interesses políticos pessoais ou político partidários porque, ao final, em *justice for hedgehogs*, afirma que o direito é parte de uma moralidade política. Reconhecendo que direito é uma parte da moral. DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge & London: Harvard University press, 2011. p. 405.

<sup>735</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 57.

<sup>736</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 53.

medida em que se coloca como obstáculo à praticas discricionárias, diferenciado-se do convencionalismo e do positivismo exegético nos quais o juiz estaria habilitado a “criar” o novo direito e aplica-lo em casos de lacunas da lei. Trata-se, portanto, de interpretar a constituição pelas lentes de um direito que representa uma coerência com todo o sistema e, por isso, atento a moralidade política da comunidade.<sup>737</sup>

O direito como integridade assegura a consistência necessária para um modelo de princípios, através de um processo de criação distinto do positivismo, já que:

[...] atribui aos juízes o poder discricionário de fazer o direito em casos em que este não se encontra disponível no sistema legal, mas, sim, no sentido de que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação.<sup>738</sup>

A teoria do direito como integridade, devem os juízes construir o direito de forma coerente, da melhor maneira possível a adequá-lo, não só às decisões do passado, mas também ao presente e ao futuro, compreendendo que juízes e intérpretes têm o papel de perpetuar o projeto constitucional como se fossem parceiros numa empresa comum.<sup>739</sup> Como se fosse um romance em cadeia, onde cada um parte daquilo que já foi construído antes e que, por isso, já serviu aos anseios da sociedade, atualizando-o.

Para que haja essa construção coerente do direito o juiz deve elaborar um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro. Justificação que deve ser dada tanto no plano vertical quanto no horizontal. No plano vertical a justificação é fornecida por diferentes estratos de autoridade, as decisões servem de controle das decisões tomadas em níveis inferiores da jurisdição. E em um plano horizontal a justificação representaria uma coerência de princípios tal que justificaria a sua expansão para as demais decisões do mesmo nível.<sup>740</sup>

<sup>737</sup> “Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 271.

<sup>738</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Ronald Dworkin? De que maneira o direito se assemelha à literatura?** In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. (Orgs.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

<sup>739</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial.**, p. 146.

<sup>740</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 182-183.

Caminhando um pouco mais, é preciso compreender que direito e moral não podem ser separados na atividade judicial, uma vez que tanto as perspectivas morais, como os princípios são imanentes ao conceito de direito e servem para orientar a função decisória judicial, ainda quando não estejam escritos.<sup>741</sup> Assim também é o constitucionalismo contemporâneo, na medida em que:

O constitucionalismo contemporâneo se caracteriza, assim, pelo resgate da relação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação dos princípios jurídicos, agora também compreendidos como normas. Dessa forma, não há mais que se recorrer a valores metafísicos ou doutrinas religiosas (como faz o jusnaturalismo), tampouco buscar sua fundamentação e aplicação nos sistemas, métodos e critérios formais (como faz o positivismo). Ao contrário, as teorias jurídicas críticas do positivismo jurídico recorrem a uma argumentação jurídica aberta, intersubjetiva, permeada pela Moral e que não se esgota na lógica formal.<sup>742</sup>

A proposta da pesquisa é a de que, a adoção da teoria do direito como integridade, como método, critério e limite para uma hermenêutica jurídica constitucional seja empregada para o reconhecimento das particularidades constitucionais do sistema de justiça e para que aja um genuíno compromisso por encontrar o melhor direito para cada caso concreto. A proposta não é utópica, ela já existe em diversos julgados promovidos pela Suprema Corte brasileira. Apenas não existe formalmente como um método e um critério decisório. Talvez por isso, em casos tais, haja um desacerto entre o direito e as decisões da Corte. Porque a integridade do direito passe ao largo, dando margem ao consequencialismo e a arbitrariedade.

Analise-se, por exemplo a ADI 4275<sup>743</sup> cuja questão constitucional vertente é a de interpretar o artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 à luz da Constituição Federal vigente

<sup>741</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 10-13. E, DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.10-12.

<sup>742</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**, p. 55.

<sup>743</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.275. Ementa: "Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente." Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

para decidir acerca da possibilidade de transexual alterar nome e gênero no seu registro civil. No comando legal afirmou-se que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”<sup>744</sup> Todavia, parece que tal tratamento não se amolda aos princípios de liberdade e de igualdade da Constituição brasileira, de modo que uma enorme legião de pessoas possui um registro civil que não as reconhece em sua inteireza.

Para a solução da controvérsia, a Corte constitucional achou por bem decidir com vistas a integridade e coerência do sistema, fazendo constar, já no início do trabalho judicante do redator<sup>745</sup> as premissas do caso concreto em análise, que i) o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero; ii) a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la; iii) a pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.

Tais premissas estariam assentadas constitucionalmente no direito à dignidade (art. 1º, III da CRFB), no direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB) e, convencionalmente, o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica), o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3 do Pacto), o direito à liberdade pessoal (art. 7.1 do mesmo Pacto) e o direito à honra e à dignidade (art. 11.2 do Pacto).

Adotou o redator, como fundamento decisório, o repertório doutrinário prevalente sobre o tema e apontou a base em precedentes do próprio Tribunal, tanto quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação, significando que, para a construção de uma decisão coerente e íntegra, que respeite os princípios da igualdade e da liberdade, deve incidir o um direito construído pelos valores da sociedade, que respeite o passado; suas normas e decisões anteriores, o sistema como um todo; composto de leis escritas e não escritas que extrapolam o texto constitucional expresso e transbordam para alcançar as convenções internacionais recepcionadas, permitindo uma interpretação do caso concreto conforme os valores da Constituição.

Em seu voto, o redator dá destaque para conceituar identidade de gênero, tal qual preconiza a Corte Interamericana, que assim a define:

---

<sup>744</sup> Fonte: Artigo 58 da Lei n. 6.015/1973.

<sup>745</sup> Nesse julgado, vencido o relator, nomeou-se Luiz Edson Fachin como redator para o acórdão.

também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada (...). Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. (...) o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália. Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada. (par. 93-95)<sup>746</sup>

Para afirmar, então, que o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é constitutivo da dignidade da pessoa humana e “é de vital importância para garantir ‘o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação’ e concluindo que, ‘o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas’”.<sup>747</sup>

Citando Stéfano Rodotà, o Ministro redator deixa claro que: “(...) ser considerado rigorosamente ligados à ideia de sigilo, mas a algo muito mais complexo que requeira proteção em razão de escolhas de vida que devem ser protegidas contra o controle estatal e estigmatização social”. Porque,

A vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, eu prefiro falar em esfera privada no lugar de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada; ela [esfera privada] é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade, contribuindo bastante para a própria definição da identidade

<sup>746</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.275. Voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, p. 11.

<sup>747</sup> [...] Tal reconhecimento traz implicações diretas para o caso dos autos. Se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Voto do Relator, p. 12.

pessoal e, conseqüentemente, para aquela parte da identidade pessoal que é denominada identidade sexual.<sup>748</sup>

Ao final, provido o feito, restou ancorado o julgado nas balizas do direito como integridade já que “a causa da humanidade e o avanço do processo civilizatório consiste na superação dos preconceitos”.<sup>749</sup> De modo que no julgado é possível observar, empiricamente, a aplicação do direito como integridade.

Porém, ainda que tenha sido essa a compreensão da Corte, de absoluta possibilidade de alteração extrajudicial de nome e gênero em cartórios de registro civil, a ausência legislativa sobre o tema ainda faz repercutir demandas judiciais que discutem esse mesmo tema, não havendo por parte do legislativo nenhuma movimentação legislativa para a regulamentação sensível da questão. Há ainda casos nos quais as pessoas trans, embora tenham conseguido a alteração de seus nomes e gênero, não tiveram seus direitos já assegurado respeitados em seus espaços cotidianos como escolas, instituições bancárias, locais de trabalho, inclusive espaços públicos<sup>750</sup> podem ser obstados à essa comunidade.

Desse modo, o judiciário é notadamente chamado a suprir a deficiência do sistema sem qualquer possibilidade de denegação da justiça. Assim, importa verdadeiramente a adoção de uma teoria decisória que possa dar coerência ao sistema brasileiro, consideradas as suas peculiaridades e necessidades. Nesse ponto, o direito como integridade parece significar uma perspectiva importante, pois, oferece um critério melhor e um limite mais apropriado à atividade interpretativa do julgador, exatamente, porque não é limitado pela aplicação da letra da lei – como no positivismo jurídico, que não dá conta da realidade brasileira. No entanto, também não permite uma atuação discricionária do julgador, uma tal que parta de suas convicções morais, uma vez que estabelece como critério de validade o respeito à moralidade da comunidade, observada por uma consciência e coerência racional na aplicação do direito pelos tribunais.

---

<sup>748</sup> Tradução livre de: RODOTÀ, Stefano. General Presentation of Problems related to Transsexualism. In: *Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law*. Strasbourg: Concil of Europe Publishing, 1995. p. 22-23. Presente no voto do julgado em destaque.

<sup>749</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.275 Distrito Federal, Voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, p. 50.

<sup>750</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 845.779 com votos favoráveis dados pelos Min. Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin, porém, diante do pedido de vista do Min. Luiz Fux, o julgamento foi pausado.



Outro exemplo que trazer luz a utilização do direito como integridade como método, critério e limite decisório é encontrado no RE 878.694, no qual, sob a relatoria do Min. Roberto Barroso, em pauta de repercussão geral, reconheceu-se isonomia entre cônjuges e companheiros para fins sucessórios.

Importante julgado que valoriza a autonomia privada da família, reconhecendo a sua liberdade para constituir-se do modo que ela própria entendeu conveniente. Além de respeitar os princípios da igualdade entre diferentes. Reforçando a alteridade como valor fundamental. Nele, o direito de suceder faz sentido se compreendido como continuidade patrimonial, proteção, coesão e perpetuidade da família. Portanto, atrelado ao conceito de família que, de ontem para hoje, já não cabe no conceito clássico tradicionalista.<sup>751</sup>

A declaração de inconstitucionalidade da lei federal objurgada somente foi possível pela leitura da legislação à luz da Lei Fundamental, prevalecendo, ao final, os princípios constitucionais não expressos. De modo que, especialmente quando se trate de julgar direito fundamental de liberdade e de igualdade, o direito como integridade e a leitura moral da Constituição são ferramentas interpretativas que dão suporte ao direito enquanto justiça social.

Feita a interpretação adequada ao tema pela Corte Constitucional, na formação de importante precedente, entendeu-se ao argumento da prevalência do princípio e do valor da dignidade da pessoa humana (o primeiro expresso e o segundo implícito) que a família é funcionalizada, instrumento de realização existencial e, sendo assim, é a família que serve ao indivíduo. Descabendo ao Estado impor uma concepção de família ao jurisdicionado.

Para se chegar neste resultado, a Corte constitucional tratou de reconhecer a teoria moral comum da comunidade exposta em precedente anterior do STF, o de que a união estável configura entidade familiar, tal qual decidido na ADPF nº 132. Não lhe cabendo contrariar o princípio da colegialidade, sequer os princípios da igualdade e da liberdade, base de sustentação da decisão anteriormente proferida.

---

<sup>751</sup> “a família era tutelada pelo estado ainda que contra a vontade de seus integrantes, ou seja, independentemente dos custos individuais a serem suportados, na redação original do cc/1916, a família era chefiada pelo marido (poder marital – art 233), de modo que a mulher, embora dotada de plena capacidade jurídica enquanto solteira, tornava-se relativamente incapaz ao se casar (art. 6º., II parte geral). Na redação originária do CC 1916 o casamento era indissolúvel mesmo em plena infelicidade conjugal”(partes do RE 878.694-Mg. Rel. Min. Roberto Barroso. Plenário. J. 31 ago. 2016.

Para além dos princípios, a constitucionalização do direito de família trouxe o elemento valor. E a valorização dos princípios (explícitos e implícitos) na Constituição - associados ao reconhecimento da sua normatividade pela ordem jurídica - são estruturas de superação do positivismo clássico, de consequência, responsáveis pela “reaproximação entre Direito e Ética”,<sup>752</sup> a incapacidade da Lei em conformar-se à realidade social, a aplicação dos princípios permite ao operador do direito, atingir os ditames da justiça, moralidade e equidade dando efetividade ao direito, uma vez que:

(...) sem os princípios não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria.<sup>753</sup> Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.<sup>754</sup>

A prática jurídica, quando parte de uma hermenêutica constitucional adequada, explica por si a importância do direito como integridade e da leitura moral da Constituição, por isso mais adequada às peculiaridades do sistema de justiça brasileiro, porque reconhece o desenho da constituição, as desigualdades sociais e a atividade interpretativa do julgador como partes coesas de um todo.

Para explicar esses fenômenos a ADI nº 5357 se mostra adequada já que diz muito do que aqui se propõe. Trata-se o caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de Medida Cautelar, onde a Confederação de Ensino pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.146/2015 ao argumento de que descabe às escolas privadas o oferecimento de atendimento educacional inclusivo à sociedade. Sob a relatoria do Min. Edson Fachin, o feito teve denegada a medida cautelar.

O caso é que, após ouvida a sociedade por representação de diversos *amicus curiae* a respeito do tema central do julgado, o feito cautelar foi levado ao colegiado para argumentação e deliberação, convertido em julgamento de mérito.<sup>755</sup> Nele temas sensíveis à sociedade foram debatidos, tendo considerado o órgão colegiado que, na

<sup>752</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação.**

<sup>753</sup> DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas Do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1989. p. 215.

<sup>754</sup> BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB, Lei 12.376/2010, Art. 4º.

<sup>755</sup> A escolha pelo procedimento adotado pelo Ministro relator é baseada nos ensinamentos de Estefânia Maria De Queiroz Barboza e Luiz Guilherme Marinoni (Obras Citadas). Entende-se que neste julgado, o cotejo dos argumentos, a forma de deliberação, permitiram a extração da *ratio decidendi*.

concretude do caso a Lei nº 13.146 não se fazia inconstitucional porque não se pode negar que a “responsabilidade pela alteridade” é elemento estruturante da narrativa constitucional.

O debate constitucional da causa é sobre democracia e pluralidade e perpassa pelo reconhecimento de que o Estado democrático de direito exige o reconhecimento da pluralidade e da igualdade. Uma igualdade que se faz efetivamente concreta. Somando-se a isso, considerada a temática dos direitos fundamentais, importou para o relator tratar de liberdade e de igualdade no âmbito da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (emenda constitucional) como vetor de transformação da realidade e da teoria das capacidades, dando efetividade ao princípio da dignidade humana.

Então, no caso concreto, mais do que decidir-se pelo acesso à educação inclusiva, decidiu-se por reconhecer a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. Da exposição da relatoria exsurtem os fundamentos decisórios, que foram compartilhados por todos os julgadores à unanimidade, formando, portanto, a sua *ratio decidendi*, e, de consequência, a vinculação de todo o sistema horizontal e verticalmente porque reconhece valores eleitos pela sociedade como fundamentais: liberdade<sup>756</sup> e igualdade.<sup>757</sup>

O julgado colacionado revela que princípios identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Guardam uma dimensão axiológica ou uma dimensão política. Para Barroso, isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução de desigualdades regionais são fins públicos.<sup>758</sup> De nada adianta que a Lei Fundamental traga em seu bojo regras princípios e valores importantes à sociedade, se a hermenêutica constitucional não

---

<sup>756</sup> Liberdade aqui compreendida como efetividade tal qual deflui do pensamento de Amartya Sen: a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que importa, necessariamente, deter um conjunto mínimo de capacidades (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2000. p. 32.) Pode-se afirmar que esse conceito incorpora, no âmbito da própria liberdade, as condições materiais e subjetivas de exercício da liberdade formal. Restrições materiais que eliminam concretamente as escolhas possíveis – ainda que, em tese tais escolhas não sejam vedadas e seus efeitos reconhecidos e protegidos – limitam liberdade efetiva. (RUZY, Carlos Eduardo Pianoviski. **Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro**. p. 60. Disponível em: <[https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19174/carlos\\_eduardo\\_tese\\_completa%5b1%5d.pdf?sequence=1&isallowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19174/carlos_eduardo_tese_completa%5b1%5d.pdf?sequence=1&isallowed=y)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>757</sup> Igualdade, de mesmo modo, refere um tipo de igualdade que efetivamente assegurada.

<sup>758</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O Começo da História**.

observe o direito como integridade<sup>759</sup> e a leitura moral dos preceitos constitucionais. O Direito não é dado, ele é construído.

Barboza esclarece que, o direito como integridade não significa decidir com coerência julgando casos semelhantes da mesma maneira, mas exige que essa coerência (tal qual a teoria do *stare decisis*), se dê através de decisões i) fundamentadas em princípios; ii) com coerência vertical, sendo coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas da Constituição; iii) e horizontalmente, no sentido de tendo aplicado um princípio, dê a mesma importância a esse princípio nos casos que estão no porvir.<sup>760</sup>

Não se desconhecem, porém, as críticas feitas à teoria do direito como integridade como método de interpretação, especialmente a de que não seria suficiente para explicitar como objetivos distintos, visões distintas de mundo e profundos desacordos políticos poderiam ser resolvidos.<sup>761</sup>

Haveria um paradoxo nas democracias contemporâneas, de haver um mínimo de consenso apto a permitir a criação de laços de solidariedade e identificação que, ao mesmo tempo, reconhecem a alteridade, o pluralismo e a impossibilidade de uma única forma de convivência, tal como é explicado em Dworkin, pelo reconhecimento de uma tensão constante entre consensos e desacordos. Essa tensão permanente produziria como consequência, soluções provisórias, sempre disponíveis a novas interpretações e reinterpretações, permitindo, constantemente a promoção de uma resposta certa para os conflitos.<sup>762</sup>

O direito como integridade pressupõe, então, que os juízes se encontrem em situação diversa dos legisladores. Estes podem fazer uso de argumentos de política para definir determinada regra, isto é, podem justificar a criação de uma norma considerando o bem-estar coletivo que gerará. Já os juízes devem valer-se de princípios para fundamentar suas decisões. Devem, por assim dizer, apresentar argumentos que representem exatamente os direitos e deveres legais que eles mesmos aplicaram na época da ocorrência dos fatos ou em um momento do passado e que guardem o senso de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo,

---

<sup>759</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos**, p. 71-76.

<sup>760</sup> BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica, Fundamentos E Possibilidades Para A Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 260.

<sup>761</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 54-55.

<sup>762</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 55-56.

eliminando aquela que se mostre incompatível com a prática jurídica de um ponto de vista geral. E, por fim, juizes devem colocar a sua interpretação à prova, questionando se sua decisão é coerente o bastante para justificar as estruturas e decisões políticas anteriores de sua comunidade.<sup>763</sup> Nesse sentido é a persona de Hércules:

Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto.<sup>764</sup>

### Importa que juízes tenham

[...] ideias diferentes sobre a equidade, sobre o papel que, em termos ideais, as opiniões de cada cidadão deveriam desempenhar nas decisões do Estado sobre quais princípios de justiça aplicar por meio de seu poder policial central. Terão opiniões diferentes, sobre a melhor solução dos conflitos entre esses dois ideais políticos. É improvável que algum juiz se arrisque a defender a teoria simplista de que a integridade deve ser automaticamente preferida à justiça, ou vice e versa.<sup>765</sup>

É preciso considerar, ainda, que Hércules avalia e decide a situação a partir de uma série de círculos concêntricos, de modo que não há dissenso quando diante de princípios morais corriqueiramente aceitos pela comunidade. Todavia, nos casos difíceis “[...] os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”.<sup>766</sup>

O pressuposto básico é o enquadramento da integridade como uma terceira virtude política, ao lado da equidade, da justiça e também do devido processo legal, o que configurará os fundamentos para a teoria da decisão judicial de Dworkin, representada na alegoria de Hércules. Nesse sentido, a integridade não se confunde com a justiça e com a equidade, apesar de consanguineamente ligada a elas.

Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte

<sup>763</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 294.

<sup>764</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 294.

<sup>765</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 299.

<sup>766</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 305.

maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade.<sup>767</sup>

A única justificativa possível para a aceitação da integridade como um ideal político distinto, para a aceitação do princípio da integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito, está no fato de tratar a todos como uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal procedimental na proporção adequada, ainda que estes eventualmente entrem em conflito.<sup>768</sup>

A justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato.<sup>769</sup>

O direito é um conceito interpretativo e os juízes devem decidir o que é o direito, interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito, como interpretações gerais da própria prática judicial<sup>770</sup> e o direito como integridade se compõe da doutrina e da jurisprudência. Depende de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica. A integridade não se impõe por si mesma, ela depende de um julgamento estruturado por diferentes dimensões de interpretação e por seus diferentes aspectos, porque percebe o quão difícil é ter as mesmas concepções a respeito da equidade, da justiça e do devido processo legal. Se assim não for, é “incompetente ou de má-fé, simples política disfarçada”.<sup>771</sup> Portanto, o direito como integridade oferece uma explicação melhor do direito.

Não há e nunca haverá uma mágica eletrônica, um programa de computador que forneça uma decisão judicial que seja aceita por todos.<sup>772</sup> Assim, como não há

<sup>767</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 314.

<sup>768</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 490.

<sup>769</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 483.

<sup>770</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 488.

<sup>771</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 489.

<sup>772</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 490.

um caminho certo, o que existem são caminhos diferentes para decidir-se um caso difícil. A recomendação pelo direito como integridade é útil para manter a atividade jurisdicional a salvo de qualquer consideração que possa partir das próprias considerações do julgador.<sup>773</sup> O caso é que:

[...] o direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, pelo poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judicious das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juizes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter<sup>774</sup>

Assim, o tecido tem a pretensão de propor a utilização da teoria do direito como integridade como critério e limite para a atividade judicial porque vê nela uma possibilidade real para, além da superação do positivismo jurídico, adequar a atividade judicial na promoção, preservação e garantia de direitos duramente conquistados. De modo que, normas discricionárias que pretendam diminuir o tamanho ou a estatura da família brasileira possam ser expurgadas porque refletem um problema moral, ausente da sociedade e por conseguinte da própria Constituição.<sup>775</sup>

A integridade torna os aspectos institucionais moralmente relevantes, tanto quanto a justiça substantiva de determinada decisão sobre os méritos de um sistema de distribuição de direitos e deveres. Não há conflito entre a moral e a supremacia legislativa, por exemplo, na medida em que o peso dessa supremacia para o conteúdo

<sup>773</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 491.

<sup>774</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 492.

<sup>775</sup> NEIVA, Horácio. **Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais**. In: Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos. Organizado por COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

do Direito é, ele próprio, definido por um valor moral. Não é possível imaginar um algoritmo para responder a todos esses conflitos. O que não se trata de situação peculiar do direito como integridade, é própria do raciocínio moral em geral. A continuação de casos limítrofes entre o respeito à justiça e o respeito às instituições, significa que ainda há trabalho argumentativo a ser realizado, não que se deva abandonar esse trabalho.

Perceba-se, por fim, que conceitos de liberdade e de igualdade são abstratos e para que caminhem juntamente com valores de justiça e de direito precisam ser interpretados conforme os valores socialmente eleitos pela comunidade, constantes da história da sua prática jurídica e política.<sup>776</sup> A moralidade da Constituição seria, então, um “conjunto de normas morais” e “juízos ponderados” distribuídos à comunidade que representam seus compromissos morais verdadeiros porque interligados ao direito e às práticas constitucionais dessa comunidade.<sup>777</sup>

Logo, a Constituição funciona como um filtro moral às leis validamente criadas.<sup>778</sup> Nesse caso, “uma Constituição pode determinar, por exemplo, que qualquer lei aprovada pelo poder legislativo que negue “igual proteção das leis” a qualquer grupo é inconstitucional e nula”.<sup>779</sup>

Então, a moralidade política deve igualmente observar os limites morais que são impostos pela comunidade integralmente considerada e não apenas majoritariamente considerada. Sendo assim, o Estatuto da família (tratado em capítulo anterior), em tramitação perante o Congresso Nacional, deveria vir a ser considerado inconstitucional ou inválido, uma vez que em oposição à moralidade verdadeiramente construída pela comunidade. A moralidade presente na sociedade é a que serviu para o reconhecimento da união estável homoafetiva.<sup>780</sup>

A leitura moral dos direitos fundamentais propõe, então, aos intérpretes da Constituição, que, ao aplicar e interpretar dispositivos abstratos da Constituição o façam no sentido de que são princípios morais da comunidade “cuja definição só

---

<sup>776</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 15.

<sup>777</sup> WALUCHOW, Will. **Constitutional morality and bill os rights**. p. 76. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam. **Por uma leitura moral dos “Domínios da Vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto**. p. 367. Disponível em: <[https://www.academia.edu/40383806/por\\_uma\\_leitura\\_moral\\_dos\\_dom%c3%8dnios\\_da\\_vida\\_u\\_ma\\_interpreta%c3%87%c3%83o\\_n%c3%83o\\_moralista\\_sobre\\_o\\_aborto](https://www.academia.edu/40383806/por_uma_leitura_moral_dos_dom%c3%8dnios_da_vida_u_ma_interpreta%c3%87%c3%83o_n%c3%83o_moralista_sobre_o_aborto)>. Acesso em: 27 dez. 2021.

<sup>778</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010. p. 11.

<sup>779</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**, p. 11.

<sup>780</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132.



existirá na norma em concreto” se a moralidade política estiver posta “no centro do debate constitucional”.<sup>781</sup> Desse mesmo modo, “as restrições impostas pelos direitos fundamentais aos Poderes Públicos constituem restrições morais”.<sup>782</sup> Portanto, um tribunal constitucional “deve estar preparado para responder questões de moralidade política” respeitando a Constituição e as decisões que anteriormente interpretaram os mesmos dispositivos, respeitando a prática constitucional da comunidade.<sup>783</sup>

Os juízes então devem fazer uma leitura moral da Constituição que não parta de suas convicções pessoais, mas, no sentido de construir o direito como “um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes”<sup>784</sup> ancorados no direito como integridade. Nele, o direito seria trunfo contra instabilidade políticas, econômicas, sociais, ideológicas ou morais porque se preocuparia com a realização da justiça, compreendida como “um compromisso infinito com o outro”.<sup>785</sup> Não se trata de uma prática discricionária porque a integridade do direito protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção.<sup>786</sup>

Uma leitura moral da Constituição deve respeitar o direito como integridade, o que significa dizer que tanto faz se os juízes descobrem, criam ou inventam o direito.<sup>787</sup> O direito é interpretação da realidade concreta da prática jurídica, é moral, é político, é processo argumentativo que se desenvolve a partir de princípios morais eleitos pela comunidade, interpretados construtivamente tal como em um romance em cadeia,<sup>788</sup> no qual o juiz figura, igualmente, como autor e como crítico. O que pressupõe que cada um (romancista ou juiz) pretende criar o melhor romance possível, a partir dos capítulos anteriores, como se fosse uma obra de um único autor, despindo-se de suas pré-concepções, pois, não poderá perder de vista o respeito ao texto como um todo e não lhe será facultado se afastar dele.<sup>789</sup>

---

<sup>781</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam. **Por uma leitura moral dos “Domínios da Vida**.

<sup>782</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam. **Por uma leitura moral dos “Domínios da Vida**.

<sup>783</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam. **Por uma leitura moral dos “Domínios da Vida**.

<sup>784</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 252.

<sup>785</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 2.

<sup>786</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 228.

<sup>787</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 271 e ss.

<sup>788</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 275 e ss.

<sup>789</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 277.

O direito como integridade, como critério e limite para uma atuação interpretativa judicante, no contexto brasileiro, permite a pacificação do conflito social porque o direito de família se desenvolve dinamicamente e seus conceitos e valores são transitórios - ontem o escopo era a proteção do patrimônio, hoje a finalidade é a felicidade do sujeito; o bem-estar do sujeito coletivo e o reconhecimento do indivíduo na sua própria inteireza como fruto da dogmática constitucional pós-positivista que aproxima direito e valor.

Barboza afirma que no Brasil é possível a aplicação do romance em cadeia, embora seja método desenvolvido para o sistema liberal anglo-saxão, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, "quando se trata de buscar o significado dos princípios e direitos fundamentais que não se encontram no texto constitucional escrito". Ocasão em que cada novo Ministro deveria ler tudo o que outros Ministros escreveram no passado "não apenas para descobrir o que disseram ou qual era o seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente" de modo a perceber o romance que foi construído até ali.<sup>790</sup> Uma construção do direito através de sucessivas interpretações do que já fora decidido acrescentando algo novo para o próximo capítulo que será escrito a partir do desenvolvimento da sociedade.

Ao tratar dos casos difíceis, Dworkin afirma que não há discricionariedade possível na atuação de dizer o direito porque o direito já existe e cabe ao juiz descobrir quais são os direitos das partes e não inventar novos direitos retroativamente.<sup>791</sup> Então, diferentemente do convencionalismo e do pragmatismo, o direito como integridade se mostra como ferramenta de construção do direito. Nesse particular, o debate sobre se os juízes descobrem, criam ou inventam o direito<sup>792</sup> perderia força, uma vez que o direito é linguagem é interpretação histórica da prática jurídica, é moral, é político, é processo argumentativo que se desenvolve a partir de princípios morais eleitos pela comunidade e que são interpretados, construtivamente, tal como um romance em cadeia.<sup>793</sup> Sempre haverá um princípio para orientar a atividade interpretativa do juiz. A legitimidade da atividade judiciária não estaria, portanto, nos

---

<sup>790</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 254.

<sup>791</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 127.

<sup>792</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 271.

<sup>793</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 275 e seguintes.

poderes de representação popular. Mas na fundamentação racional dos argumentos expostos nas razões de decidir.

O direito não é posto e não é novo, é um construído de pressupostos<sup>794</sup> e fundamentos<sup>795</sup> históricos do direito revelados na decisão judicial. A leitura moral da Constituição proposta por Dworkin é, nessa perspectiva, forma legítima de interpretação constitucional.<sup>796</sup>

Assim, resta aclarado que o direito como integridade fornece ao julgador ferramenta hábil a assegurar e a proteger os direitos fundamentais de liberdade e igualdade tão caros à família brasileira, garantindo que possam se fundar pelo afeto e livre das amarras morais propostas por conservadores contrários aos direitos das minorias, à posição contramajoritária do Supremo e à própria Constituição Federal brasileira.

Que fique claro que a família brasileira tem o direito de se constituir com base nos valores constitucionais de igualdade e de liberdade como consequência lógica do direito que já foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal em diversas demandas anteriores. Assim, a continuação desses julgados por novos atores deve se dar como em um romance em cadeia, onde cada um partirá daquilo que já foi escrito para encontrar um direito novo que respeite a moralidade política da comunidade e o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito, mas que se ponha a serviço da história, como se fosse escrita por uma só pessoa.

---

<sup>794</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 7, 41- 43.

<sup>795</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**,

<sup>796</sup> KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**, p. 50.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos não são meras concessões dos governantes em favor dos governados. Eles foram conquistados ao longo do tempo através de lutas históricas e indicam um sistema normativo que existe para ser formal e substancialmente efetivo. Portanto, não foram conquistados para a satisfação de ideologias circunstancialmente dominantes. Eles foram conquistados para que pudessem promover a pacificação social através de seus vetores mais gerais: igualdade, liberdade e dignidade.

São trunfos inegociáveis uma vez que se destinam a toda a coletividade indistintamente. Nesse sentido, as Cartas Constitucionais conquistadas ao longo da história da humanidade servem de limite e vínculo da maioria, mas não se prestam a legitimar quaisquer violações de direitos fundamentais. Não há e não pode haver um absolutismo da maioria.

Todavia, o mundo não é lugar para céticos, muitas atrocidades foram e são praticadas na tentativa de se impor uma dominação da maioria. Isso fica bastante claro não apenas da leitura do que houve no passado, mas da vivência do presente. No Brasil e no mundo existem conflitos que decorrem de atos de governos autoritários que buscam impor a sua ideologia à humanidade. A questão prevalente é a liberdade. os discursos políticos são similares, travados em arenas ideológicas que misturam política e religião para ao final impor a vontade de um soberano. Entretanto, as instituições não se prestam para a satisfação da maioria, elas existem para o desenvolvimento pacífico da sociedade. E nesse particular, importa dizer que cada sociedade tem sua particularidade, são distintas em cultura e em direitos.

As Constituições modernas trataram de afirmar amplo rol de direitos fundamentais, como mecanismos de proteção de liberdades individuais e sociais que não podem ser transpassados pelo Poder Público, porque servem para proteger o mais vulnerável do seu próprio meio cultural, social ou político de uma cultura dominante. No que toca aos direitos fundamentais da família brasileira o que sobressai é a proteção meramente formal destes direitos, sem que, de fato, exista uma preocupação com a sua efetividade. Especialmente na contemporaneidade, quando movimentos conservadores de forte vinculação religiosa invadem todas as arenas de debate político institucionais para, ao fim e ao cabo, diminuir direitos individuais e sociais daqueles que não se amoldam às tradições normativas.

Historicamente os direitos fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade da família estão sendo postos à prova e não é raro que direitos conquistados venham sendo atacados e limitados. A partir, por exemplo, da análise das questões subjacentes ao aborto e de como diferentes países trataram e tratam do tema compreende-se que, para alguns os direitos fundamentais traduzem valores essenciais da comunidade.

Tomando-se por base o percurso adotado, é possível afirmar que a evolução do conceito de família no direito brasileiro acompanhou o desenvolvimento filosófico e jurídico da sociedade. Não fora um caminho plano, especialmente para as mulheres que, não raras vezes, restaram alijadas de direitos e de reconhecimentos. Também não o foi à família (qualquer que seja o conceito adotado) porque muitas vezes desprovida da sua missão existencial. Ausente a dimensão do “bem viver” que pressupõe o reconhecimento de que todos merecem a igual consideração e respeito.

Veio a Constituição Federal trazendo um novo rumo e um novo norte, as relações conjugais foram despatrimonializadas e o centro do ordenamento jurídico é ocupado pelo sujeito. A família serve, então, para a realização de todos os seus entes em uma dimensão de afeto, de solidariedade e de fraternidade. A família é ponto de encontro. Nesse giro, importa ao direito e à sociedade que o sujeito seja considerado em si mesmo, mas, também importa o reconhecimento dos direitos e das necessidades do sujeito coletivo.

Isso está refletido na maioria das decisões emanadas do STF, contudo, por vezes o reconhecimento do modelo contemporâneo de família é adotado superficialmente, por debaixo, constituem-se importantes violações e retrocessos. Fica claro que, por exemplo, a questão do aborto (como a questão do conceito de família) é trava no terreno da moral e política e o debate passa a ser a própria leitura das Cartas Constitucionais contemporâneas, uma vez que nelas estão afirmados expressa ou implicitamente direitos.

O positivismo jurídico exegético pede uma leitura contida do texto constitucional. Entretanto, a partir do momento em que se percebe que a Constituição não está no seu texto escrito e nem mesmo na intenção do legislador originário fica difícil defendê-lo, porque não respeita a moralidade social e os objetivos políticos da sociedade, privilegiando a moralidade de alguns em detrimento outros, aumentando, assim, as desigualdades.

No Brasil, como em diversos outros países, existe um movimento novo conservador que é acentuado pela posição ideológica do atual governo, através da tentativa de imposição de uma moralidade religiosa que, por ser contrária aos valores, princípios constitucionais e interesses da sociedade limita direitos afirmados, tornando-os inefetivos e distantes do ideal democrático consolidado pelo Estado de Direito.

Trata-se da pretensão do governo de ocasião de organizar-se sistematicamente para reprimir demandas sociais, favorecer o liberalismo econômico em oposição ao Estado Democrático de Direito e suas instituições. Que pode mesmo estar associada a um *backlash* a políticas igualitaristas de justiça social e a valores democráticos. Nesse movimento, por suas próprias convicções morais e ideológicas (portanto, discricionárias) atua o governo no enfraquecimento dos ideais democráticos, dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade, limitando direitos, especialmente os direitos reprodutivos e de saúde da mulher. O que afeta a própria configuração da família brasileira que por definição constitucional é plural. E não poderia ser diferente, já que a família como fato cultural é essencialmente plural.

Além disso, a sociedade brasileira também o é, pois, constituída por diversas etnias, gêneros, religiões, de modo que a Constituição apenas representa o que a sociedade historicamente já desvelou. A pluralidade da família brasileira é um valor atávico afirmado na carta constitucional de direito, que não pode ser transpassado pela política. Direito e política se misturam e são indissociáveis se compreendido que na centralidade do sistema estão os direitos. Visão essa que reconhece que há direitos e deveres morais entre os sujeitos da comunidade e direitos políticos entre estes e o Estado.

O direito não é refratário à política e nem à moral, é um construto interpretativo de valores e de princípios morais e políticos implícitos e explícitos mais abrangentes e que visam encontrar a melhor resposta para cada situação ou conflito. Por essa razão é que a leitura do texto constitucional não pode ser restrita, mas deve respeitar uma leitura moral de princípios de liberdade e igualdade para que possa tornar efetiva a dignidade humana.

A sociedade brasileira se vê, então, imersa neste contexto: de um lado os valores constitucionais igualitários, solidários, plurais e democráticos e de outro um governo que representa e ao mesmo tempo impõe uma moralidade religiosa que subjuga e expõe milhares de brasileiros a própria sorte. Veja-se que o novo

conservadorismo brasileiro, para além das pautas econômicas liberais, coloca-se como avesso aos direitos políticos, sociais e culturais. Portanto, é um governo que governa para poucos e envergonha muitos.

Não cabe a nenhum Estado Democrático de Direito impor aos seus cidadãos uma moralidade dominante. Se direito é moral, ele deve estar em coerência não com a ideologia dominante, mas com princípios jurídicos abstratos que partam de valores mais gerais e amplos para encontrar o melhor direito para situações mais específicas, dando coesão a todo o sistema de regras. Então, quando se fala na manutenção dos direitos das famílias brasileiras, quer se referir a proteção de princípios tais como liberdade e igualdade, para ao final reconhecer que nenhuma regra que pretenda torná-la menor possa ser aceita, uma vez que racionalmente em desacordo com os valores essenciais eleitos pela sociedade e afirmados na Constituição.

As reações do Poder Executivo e do Poder Legislativo contra os princípios constitucionais e os ideais democráticos devem ser rechaçadas e sistematicamente abjetas, sob pena de ter-se amanhã menos direitos que se tem hoje. E isso já é uma assustadora realidade no presente. Nessa dimensão, são valores fundamentais da sociedade e do direito à liberdade e à igualdade, todavia, esses valores precisam ser observados efetivamente pelos três poderes estruturantes do Estado. Para a pacificação e o desenvolvimento social não basta a aplicação de regras estanques, é necessário que os casos concretos sejam julgados pela dimensão da integridade porque é ela quem revela uma melhor prática política. Como já se disse, o direito não é dado, ele é construído por uma hermenêutica jurídica que aproxima o direito da ética e da moral.

A liberdade e a igualdade não podem ser reconhecidas apenas formalmente, porque servem de escudo de proteção para a efetividade dos direitos das minorias. E nesse sentido, em uma comunidade de princípios, cada um é tão digno quanto o outro, de modo que as pautas político-religiosa defendidas pelo movimento conservador além de preconceituosas (portanto, violadoras dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade), de fato impedem a realização e a efetividade das promessas constitucionais, na medida em que diminuem o conceito, negam a formulação de políticas públicas inclusivas e afirmativas, desprivilegiam a pluralidade e a alteridade da sociedade brasileira e depauperam os Direitos Fundamentais.

O respeito à alteridade é elemento central da igualdade e como tal reclama por uma efetiva proteção desse direito. Entende-se, nesse particular, que cabe,

especialmente, ao Poder Judiciário a proteção e o resguardo dos direitos fundamentais das famílias plurais (ou não). Não havendo que se falar em contenção desse Poder em favor dos outros poderes quando se trata da defesa dos direitos das minorias por algum motivo vulnerabilizadas, visto que, no contexto brasileiro é a própria Constituição que assim o determina.

É importante considerar que, sendo o direito um construído interpretativo, as regras, os princípios e os valores nada dizem isoladamente. Para terem sentido precisam de uma hermenêutica jurídica que lhes seja adequada, e uma interpretação que parta do reconhecimento do direito como integridade, isto é, que seja capaz de conceber a sua Constituição (não apenas a Constituição, mas todo o aparato legislativo) como um sistema coerente de princípios explícitos e implícitos permeados pela história da sociedade e com vistas a realização do próprio Estado de Direito. A teoria do direito como integridade traz a possibilidade real da melhor interpretação do direito, nela cabe ao juiz julgar os casos concretos conforme os ideais políticos da comunidade personificada pelo direito. Quando se fala da ambiência na qual a família brasileira está inserida, vê-se que se trata de um ambiente extremamente polarizado pela política e pela religião, cabendo, nas democracias constitucionais, a temperança desses extremos com a adequada leitura da Constituição, que é o norte e o rumo da sociedade que se deseja.

Assim se afigura como uma hermenêutica melhor porque serve de anteparo contra discricionariedade, ao mesmo tempo em que respeita os valores fundamentais da sociedade sem enfaixá-la na racionalidade do passado, porque oportuniza a sua constante oxigenação pela consideração de que a moralidade pressuposta é compartilhada por todo o sistema de direito. Uma teoria decisória que respeite os valores e os princípios constitucionais não seria refratária à promoção da justiça social e, portanto, estaria igualmente preocupada com o futuro da sociedade e, assim, em consonância com os direitos fundamentais que, em hipótese alguma, podem ser violentados.

A família brasileira de fato e de direito não está na união entre um homem e uma mulher e qualquer ato do executivo ou do legislativo que se proponha a fazê-la caber nessa modelagem deve ser considerada ilegal, imoral e injusta porque em oposição aos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade e de dignidade. Mencione-se ainda que contrária ao próprio princípio democrático de tratar a todos, indistintamente, com igual consideração e respeito.



Por isso, a efetividade daqueles valores fundamentais, eleitos pela sociedade, em um dado momento histórico, deve ser amplamente garantida contra qualquer retrocesso. E nesse sentido, afirma-se que a Corte constitucional, enquanto guardiã da Constituição, tem o dever de desenvolver a justiça com vistas para o futuro (jamais ao passado). São imperdoáveis os retrocessos em matéria de direitos fundamentais porque provocam desigualdades históricas o que não pode (em nenhuma medida) ser aceito por um Estado que se funde em uma ordem democrática de direito. Nesse sentido, a plena realização dos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e justiça social está imbricada em uma visão prospectiva de transformação da sociedade e da diminuição de suas mazelas.

O Poder judiciário então, mesmo não sendo eleito pelo voto popular, tem o dever de atuar, sempre que instado, inclusive quanto se trate de situações concretas que envolvam questões de moralidade ou política porque um juiz que aceita a centralidade dos direitos, decide sempre com base em princípios. E deve agir assim mesmo que essa atuação possa elevar o poder político das minorias, já que na esfera legislativa suas pautas não são consideradas, enquanto na esfera judicial são efetivamente fundamentadas. Eis aí a própria legitimidade do Poder que é, constitucionalmente, contramajoritário.

Não se quer afirmar, porém, que o Poder Judiciário brasileiro atue no sentido da defesa dos direitos fundamentais ou das minorias. Nem mesmo que parta do direito como integridade como método decisório. Sabe-se que esta não é a realidade e que em muitas e distintas ocasiões tem esse poder atuado de forma utilitarista ou consequencialista o que provoca, sim, retrocessos em matéria de direitos. Com isso o tecido não se coaduna e propõe que o direito como integridade seja método, limite, critério, condição e requisito para a atuação judiciária. Diversos exemplos foram dados e serviram para construir o que se diz, uma decisão judicial para ser adequada deve respeitar os valores constitucionais e deve promover a justiça social por meio do respeito à liberdade e à igualdade. Somente deste modo, permitirá a efetividade dos direitos fundamentais e a fé no porvir.

## REFERÊNCIAS

- ABOIM, Sofia; VASCONCELOS, Pedro; COSTA, Carlos Gonçalves. **Para além da heteronormatividade: repensando os significados da família. Famílias no plural: alargar o conceito, largar o conceito – atas da conferência.** ILGA Portugal. 2013.
- ABRANGES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional brasileiro.** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 31. n. 1. 1988.
- ADEODATO, João Maurício, **O Positivismo Culturalista da Escola do Recife em Novos Estudos Jurídicos.** v. 8, n. 2, maio/ago. 2003.
- ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira et al. **Capacitação solidária: um olhar sobre os jovens e sua vulnerabilidade social.** Associação de Apoio ao Programa Capacitação Solidária. São Paulo, 2001.
- ALMEIDA, Ronaldo de. **A religião de Bolsonaro: populismo e neoconservadorismo.** Em Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política. Leonardo Avritzer, Fábio Kerche, Marjorie Marona (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021.
- ALVIM, Juliana Cesário. **Opacidade do plenário virtual, Zika e censura nas escolas: obstáculo ou estratégia?**
- ARANGO, Rodolfo. **Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales em Colombia.** Biblioteca Jurídica Virtual UNAM.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Painel sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência no Brasil: A Aparente Insuficiência da Constituição e uma Tentativa de Diagnóstico.** In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p.510).
- ARAÚJO, Maria de Fátima. **Diferença e igualdade nas relações de gênero: revisitando o debate.**
- ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense universitária. 1981.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **Dossiê: O desenho do Supremo Tribunal Federal para além da conjuntura.** Revista Estudos Institucionais, v. 6, n.1, 2020.
- ATIENZA, Manuel. **Argumentación y Constitución.** In: ALARCÓN CABRERA, Carlos; VIGO, Rodolfo Luis (coords.). In: interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales. Madrid: Marcial Pons; 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. **Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor**. Revista Brasileira de Ciência Política. n. 15. Brasília. set./dez. de 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANDITER Elizabeth. **XY - Sobre a identidade masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; CHUEIRI, Vera Karam. **Por uma leitura moral dos “Domínios da Vida”: uma interpretação não moralista sobre o aborto**.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia**. Revista Seqüência, nº 56. jun, 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da Suprema Corte americana na proteção de direitos fundamentais**. EJJL. Joaçaba, v. 17, n. 3, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; NOGAROLLI, Roberta Sandoval França. **Democracia acima de tudo, Constituição acima de todos**. Revista Expressão, a. 11, n. 1, 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A decisão Judicial no Common Law: utilidade, maximização de riqueza ou integridade?** In: Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos organizadores: André Coelho, Saulo de Matos, Thomas Bustamante. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 184.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **É importante o modo como os juízes decidem os casos?** Empório do Direito, 22 nov. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional.** Em *A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luiz Roberto Barroso organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5. N.E, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade.** *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v.2, n. 2, 2001. Em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/34/36>.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.** 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel Dos Princípios no Direito Brasileiro.** *Revista da EMERj*, v. 6, n. 23, 2003.

BASSO, Marina. **O novo conservadorismo brasileiro: de Regan a Bolsonaro.** Porto Alegre: Zouk, 2019.

BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita. **A UDN e o udenismo.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

BERCOVICI, Gilberto. **Ainda faz sentido a Constituição dirigente?** *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/?lang=pt>>.

BIROLI, Flávia; QUINTELA, Débora Françolin. **Mulheres e direitos humanos sob a ideologia da “defesa da família”.** Em *Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e*

degradação política. Leonardo Avritzer, Fábio Kerche, Marjorie Marona (orgs). Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

BIROLI, Flavia; MAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina**. São Paulo: Boitempo, 2020.

BIROLI, Flávia. **Teorias feministas da política, empiria e normatividade**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-173210/102>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BIROLI, Flavia. **O rastro da onda: derrocada de direitos e moralismo compensatório**. Blog da Boitempo, 20 out. 2017.

BIX, Brian. **Ronald Dworkin's Right Answer Thesis (chapter 4)**. Law, language and legal determinacy. Oxford: Clarendon, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Edusp, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BORDALO, Júnior Moreira. **#Verificamos: PT e Haddad não estão distribuindo mamadeira em formato de pênis para crianças**. Revista Piauí.

BRANCO, Alberto Manuel Vara. **A mitologia grega, uma concepção genial produzida pela humanidade: os condicionalismos religiosos e históricos na civilização helênica**.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume I. Petrópolis: Vozes, 1996.

BRASIL. **Artigo 102 da Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. **Ato Institucional N. 1**, de 9 de abril de 1964.

BRASIL. Projeto Lei No. 6.583/2013, apenso ao PL no. 6.584/2013,

BRASIL. Proposta De Emenda À Constituição no 181-a, de 2015 (apensa a pec N. 58-A, DE 2011).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 234/2011**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Governo Federal, **Decreto 10.932 10 jan. 2022**.

BRASIL. Senado Federal. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.275**.  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. j. 29.05.2008. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n 547**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4277**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1045273**. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Brasília. Publicada em: 9 abr. 2021. <https://Jurisprudencia.Stf.Jus.Br/Pages/Search/Sjur443826/False>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 132**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4966**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5543**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 460**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445537>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 467**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753189469>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 526**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445537>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 600**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753837225>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF. n. 461**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432151/false>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança no. 23452**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 888.815**, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768164205/recurso-extraordinario-re-888815-rs>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 547**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>>.

BRESCIANI, Eduardo. **Em ato contra gays, Silas Malafaia diz que união homoafetiva é crime**. O Estado de São Paulo. 2013. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-ato-contra-gays-silas-malafaia-diz-que-uniao-homoafetiva-e-crime,1039203>>.

BROCHADO, Mariá. **Apontamentos sobre a Hermenêutica Jurídica**. Revista da Presidência, v. 13, n. 100, 2011.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra ed. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT.

CAPELETTI, Luiz Reinaldo; VANZELLA, José Marcos Miné. **Democracia como ferramenta para uma decisão justa – entre Habermas e Dworkin**. Revista Direito & Paz. São Paulo: Lorena. Ano XV n. 45. 2º. Semestre. 2021.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

CARPINETTI, Luís Carlos Lima. **O mito de Júpiter e a questão do incesto no apologético de Tertuliano: mito e questões de tradução**. Cadernos do CNLF, v. XXI, n. 3. Rio de Janeiro: CIFEFIL, 2017.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CELLA, José Renato Gaziero. **Positivismo Jurídico no Século XIX: Relações entre Direito e Moral do Ancien Régime à Modernidade**. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>.

CHANTAL MOUFFE. Entrevista realizada nas dependências da Universidade Federal do Paraná, em 06 de maio de 2010, conduzida por Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves, José Arthur C. de Macedo e Miguel Gualano de Godoy, sob a mediação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Katya Kozicki. Tradução e degravação realizadas por Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves e José Arthur C. de Macedo. Revista da Faculdade de Direito. UFPR. n. 51, 2010.

CLÉVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, agir estratégico e autoridade constitucional compartilhada**. Belo Horizonte. Fórum, 2021.

COMBIER, Claudine Veuillet; BINKOWSKI, Gabriel. **Adoção e mito: os destinos do “mito familiar” na cena da família contemporânea**. Estudo a partir de um caso clínico de adoção na França atual. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1516-14982017001009>>. Acesso em: 06 jan 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. **O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da Jurisdição Constitucional Brasileira**. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin et al. (Coord.). Em Jurisdição constitucional em perspectiva, estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual**. Revista de informação legislativa. V. 49, n. 193. Jan./mar., 2012.



COULANGES, Fustel. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes.

CUNHA JR., Dirley. **A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. v. 26, n. 28, 2016. Acesso em: 29 jun. 2020.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Sob o signo de Hermes – reflexões para uma razão jurídica hermenêutica**. Convent Internacional 15 mai-ago, 2014 Cemoroc-Feusp / Ppgcr-Umesp / IJI - Univ. do Porto).

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Constituição**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/diretos-humanos-e-constituicao/indios-direitos-fundamentais-e-a-convencao-169-da-oit-05042019>>.

Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. (Coord.). DARWICH, Ana. **Direito e democracia: estudos sobre ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: Cesupa, 2011.

DICKSON, Brice. **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

DICKSON, Brice. **Judicial activism in the House of Lords 1995-2007**. Published to Oxford Scholarship Online: January, 2009.

DILTNEY, Wilhetm. **O surgimento da hermenêutica**. (1900). Numen: revista de estudos e pesquisa da religião. Juiz de Fora. v.2. n.1.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas Do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DOS SANTOS, Sidney Francisco Reis. **O direito de família na Grécia da idade antiga**. Disponível em: <[http://www.robertexto.com/archivo14/o\\_direito.htm](http://www.robertexto.com/archivo14/o_direito.htm)>.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge & London: Harvard University pres, 2011.

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para um novo debate político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/378740384/DWORKIN-RONALD-La-Democracia-Posible-Principios-para-un-Nuevo-Debate-Politico-por-Ganz1912-1-pdf>>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito de Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982.

EUZEBIO, Daniela; MAGALDI, E. Simone. **Menos Zeus, Mais Nhanderú: um olhar sobre mitologia indígena brasileira**.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. “**O modelo de direito de família está desatualizado**”. Entrevista concedida ao jornal O Globo em 18 jan. 2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/fachin-defende-modernizacao-em-temas-como-familia-dados-pessoais-do-codigo-civil-25357534>>.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil, sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FALCÃO, Joaquim. **Fux não pode se encontrar com Lira: Simples menção à aceitação deste encontro já causa grande constrangimento público para a ministra Rosa Weber**. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fux-nao-pode-se-encontrar-com-lira-08112021>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ Júnior, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. Ed. São Paulo. Atlas. 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: dela antigüidad a nuestros dias**. Madrid: Trotta, 1999.

FISCHER, André. **Como o mundo virou gay?: crônicas sobre a nova ordem sexual**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008.

FLOREZ-VALDÉS, Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX**. Revista de Direito da UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/9415/6507>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, jan./mar. 2003.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa. Instituto Piaget. 1996.

GARAVITO, César Rodriguez. **Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America**. Texas Law Review, v. 89, n. 7, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito. Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014.

GIDDENS, Anthony. **As transformações da intimidade. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: Unesp, 1993.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GINSBURG, Ruth Bader. **Speaking in a Judicial Voice**. *New York University Law Review*, v. 67. 1992.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Unwritten Constitutional Principles**. In: *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. **Famílias no armário: parentalidade e sexualidades divergentes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash**. Disponível em: <[https://www.yalelawjournal.org/pdf/987\\_s9ytqjum.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/987_s9ytqjum.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2022.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019.

GUIMARÃES, J.C. **Moral Conservadora: perguntas que podem revelar a hipocrisia**. Revista Bula. Disponível em: <<https://www.revistabula.com/40149-moral-conservadora-perguntas-que-podem-revelar-a-hipocrisia/>>.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A Incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a Família, Seu status e seu enquadramento na pós-modernidade**. Palestra de encerramento proferida no Congresso Internacional de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, na cidade de Brasília, entre os dias 15-17 nov. 2006. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 101. jan./dez. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de Família e a sua organização jurídica**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) Tratado de Direito das Famílias. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

HIRSCHL, Ran; SHACHAR, Ayelet. **Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism**. The University of Chicago Law Review.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: E.D.A., 2020.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HODGSON, Geoffrey M. **What are institutions?** \_\_\_\_\_ Disponível em: <[https://scholar.google.com.br/citations?view\\_op=view\\_citation&hl=pt-BR&user=YbJZ1twAAAAJ&alert\\_preview\\_top\\_rm=2&citation\\_for\\_view=YbJZ1twAAAAJ:JQOojil6XY0C](https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=YbJZ1twAAAAJ&alert_preview_top_rm=2&citation_for_view=YbJZ1twAAAAJ:JQOojil6XY0C)>.

JUNG, Carl Gustav. **Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo**. Petrópolis: Vozes, 2016 (Obras completas de C.G.Jung, v. 9/1).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa. Edições 70. 2011.

KOERNER, Andrei. **Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós 88**. Novos Estudos. n. 96, 2013.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz **Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas**. In: Guimarães, Juarez. et al. (Orgs.) Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2016.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: uma interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraez Editores, 2012.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism** – In UC Davis Law Review, v. 47.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito Estrangeiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A família monoparental como entidade familiar**. In: ALVIN, Teresa Arruda (Coord.) Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEITE, Glauco Salomão. **A Dinâmica Da Política Constitucional: O Que Podemos Extrair Do Caso “Brown Vs. Board Education”?**. Revista do Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul. v. 2, n. 55, maio/ago. 2018.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo Judicial ao diálogo constitucional**. 2. ed. Ed. Lumen juris.

LEITE, Glauco Salomão. **Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. RIHJ. Belo Horizonte, a.13, n.17, jan./jun. 2015.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. IBDFAM, 2004.

LONGUINHO, Daniela. **3 Milhões de brasileiros não têm registro civil de nascimento**. Agência Brasil.

LUZ, Milton Pereira. **Educação e gênero: a re-significação da masculinidade**. Dissertação. Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2009.

MACDONALD, Yedda H. R. **Mitologia grega e psicologia arquetípica: fonte para compreensão dos ecos e reflexos da pandemia**. Self Revista do Instituto Junguiano. São Paulo, 2021.

MACEDO, José Arthur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo**. Acervo Digital da UFPR. Curitiba. 2018.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no direito**. Revista Direito Mackenzie, v. 10, n. 2, 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas – precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. ed São Paulo: RT, 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito Das Famílias e proibição de retrocesso social**. In: **Tratado de direito das famílias**. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. 3<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2019.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**.

MCBRIDE, Alex. **Casey v. Planned Parenthood**.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo. Saraiva, 2011.

MIGUEL, Luis Felipe; Bogéa. **O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 35. N. 104. 2019.

MIGUÉLEZ, Miguel Martinez. **Hermenêutica y analisis del discurso como método de investigación social**. PARADIGMA, Vol. XXIII, No 1, Junio de 2002.

MOREIRA, João Almeida. **Divisão na igreja católica brasileira explode com Bolsonaro**. Diário de Notícias. Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/divisao-na-igreja-catolica-brasileira-explode-com-bolsonaro-12486011.html>>.

NASCIMENTO JÚNIOR, Wanderley dos Reis. **A amplitude da Maré Rosa: uma análise das experiências de governo no Brasil, Chile e Uruguai**. Foz do Iguaçu, 2017. Unila. 2017.

NEIVA, Horácio. **Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais**. In: Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos. Organizado por COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita: uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

NINA, Alan Michel Santiago; SOUZA, Carlos Augusto Silva. **De Kant A Mouffe: Desenvolvendo Argumentos Positivos Acerca Do Reconhecimento De “Famílias Homoafetivas” Pelo Judiciário Brasileiro**. Rev. Nufen. v. 4, n. 1, janeiro-junho, 2012.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Direitos humanos e democracia.** Coord. CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Francisco José. **Famílias não legisladas: direitos fundamentais e normas constitucionais de inclusão.** acervodigital.ufpr.br.

OLIVEIRA, Joana. **Em decisão histórica, STF derruba restrição de doação de sangue por homossexuais.** São Paulo, 2020.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa & MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família (direito matrimonial).** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Ronald Dworkin? De que maneira o direito se assemelha à literatura?** In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. (Orgs.). **Direito & literatura: ensaios críticos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAIVA, Letícia; MATIAS, Juliana. **Pessoas trans batalham na justiça por acesso a direitos já reconhecidos.** JOTA, 2022.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa. Portugal. Edições 70, 1969.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **Hércules, Hermes e a pequena sereia; uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subapresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do poder judiciário.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.8, n. 2, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a Nova Retórica.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917.** Brasília a. 43. n. 169. jan.mar. 2006.



PIRES, Julio Manuel. **Desenvolvimento versus liberalismo econômico no período populista e o gasto público social**. Revista Economia e Sociedade, Campinas. V. 19, v.3 (40), 2010.

PRENDERGAST, David. **The judicial role in protecting democracy from populismo**. German Law Journal. Cambridge University Press, 2019.

RAWLS, John. **A Theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1º. Capitulo. The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1999.

RAWLS, John. In: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo. J. Bushatsky, 1973.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REHFELD, Andrew. **Towards a General Theory of Political Representation**. Paper prepared for discussion at the Legal Theory Workshop, Columbia University, September 19, 2005.

ROCHA, Camila. **Menos Marx, mais Mises: o liberalismo e a nova direita no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **DUDH: Ministra Cármen Lúcia fala do direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal**. Artigo publicado na obra "50 anos da Declaração dos Direitos Humanos: conquistas e desafios" da Ordem dos Advogados do Brasil, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

**ROE VS. WADE: direitos das mulheres nos EUA**. Documentário Político da Netflix, 2018. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>.

RUZY, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro**. . Disponível em: acervo digital UFPR.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**. Dissertação de mestrado UFPR. Disponível em: acervo digital UFPR.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **As origens do judicial Review: porque Marbury vs. Madison é apenas um elo em uma longa cadeia.** Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 44, n. 143.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo. Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. **Democratizar a democracia: caminhos da democracia participativa.** In:\_\_\_\_\_. Introdução: para ampliar o cânone democrático. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Sidney Francisco Reis. **O direito de família na Grécia da idade antiga.** Disponível em: <[http://www.robertexto.com/archivo14/o\\_direito.htm](http://www.robertexto.com/archivo14/o_direito.htm)>.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental.** in: Tratado de direito das famílias. Coord. Rodrigo Da Cunha Pereira. 3. ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo horizonte: Fórum, 2019.

SCHALANSKI, Mariana; BERGER, Santiago Artur Sito. **O solipsismo nas decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica.** Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica, Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun, 2017.

SCHLESINGER JR, Arthur M. **The Supreme Court: 1947.** Revista Fortune, v. 35 (1), 1947.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Educação & Realidade, 1995.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia Das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2021.

SILVEIRA, Nise da. **Jung – Vida e Obra.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família.** v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAYLOR, Mathew M. **O Judiciário e as políticas públicas no Brasil.** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012.

TREMBLAY, Luc B. **The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures.** Oxford University Press and New York University School of Law 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts.** Princeton: Princeton University Press, 1999.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais.** São Paulo: Almedina, 2019.

VASCONCELLOS, Paulo Sérgio de. **Mitos gregos.** São Paulo: Objetivo, 1998.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2014.

VATICAN NEWS. **EUA: bispos contrários à abolição da emenda Hyde sobre o financiamento público ao aborto.**

VELASCO, Marina. **O que é justiça? O justo e o injusto na pesquisa filosófica.** Um exemplo: as cotas raciais universitárias. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.

VELOZO, Zeno. **Comentários ao Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003. V. 21: Parte especial: do direito das sucessões – da sucessão testamentária; do inventário e da partilha (arts 1.857 a 2027). In: \_\_\_\_\_ FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2.

VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Direitos à intimidade e à vida privada**. Curitiba: Juruá, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, a. 4, n. 2, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press; 1999.

WALDRON, Jeremy. **Legislatures judging in their own cause**. 3 *Legisprudence* 125. 2009.

WALTERS, Mark D. **Legal Humanism and Law-as-Integrity**. *Cambridge Law Journal* n. 67, jul. 2008.

WALTERS, Mark D. **Written constitutions and unwritten constitutionalism**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511511042.012>>.

WALUCHOW, Wil. **Constitutions as Living Trees: an idiot responds**. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 18.

WALUCHOW, Will. **Constitutional morality and bill of rights**.

WASHINGTON, Sharon. **We're Still Waiting For The Promise Of Brown v. Board Of Education To Be Fulfilled**.