

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Gabriel Soares Cruz

**CONSTITUIÇÃO, INSTITUIÇÕES E *PERFORMANCE*: um olhar da prática
constitucional do Supremo Tribunal Federal a partir do reconhecimento da parceria
civil homoafetiva**

**Belo Horizonte
2017**

Gabriel Soares Cruz

CONSTITUIÇÃO, INSTITUIÇÕES E *PERFORMANCE*: um olhar da prática constitucional do Supremo Tribunal Federal a partir do reconhecimento da parceria civil homoafetiva

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Linha de Pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado democrático de Direito.

Área de Estudo: Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas

Orientador: Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes

**Belo Horizonte
2017**

R4331 Cruz, Gabriel Soares
Constituição, instituições e performance: um olhar da prática constitucional do Supremo Tribunal Federal a partir do reconhecimento da parceria civil homoafetiva / Gabriel Soares Cruz – 2017.

Orientador: Bernardo Gonçalves Fernandes.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Constitucionalismo
3. Homossexualidade – Brasil 4. Supremo Tribunal Federal
5. Movimentos sociais – Brasil I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 347.628-055.3(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

CONSTITUIÇÃO, INSTITUIÇÕES E *PERFORMANCE*: um olhar da prática
constitucional do Supremo Tribunal Federal a partir do reconhecimento da parceria civil
homoafetiva

Dissertação apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2017.

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer
Universidade Federal de Minas Gerais
Membro Interno

Prof.^a Dr.^a Patrícia Perrone Campos Mello
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Membro Externo

Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos
Universidade Federal de Minas Gerais
Suplente

Para Kedma, Artur, Rafael e Maria do Socorro.
Para Poema-serena; guerreira, tupi-brasileira; aquela de quem eu gosto de saber sobre a caixa torácica e para quem atravessaria a cidade inteira a pé só para ver o sorriso dos seus olhos.
Para aquelas e aqueles que lutam para serem considerados em sua humanidade.

*Justo ali, na calidez da voz humana, no reflexo vivo do
passado, está escondida uma alegria primitiva, e se
desvela a intransponível tragicidade da vida*

A guerra não tem rosto de mulher
Svetlana Aleksievitch

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa só foi possível, porque foi sonhada. Ela foi fruto de muito esforço pessoal e de muitas mãos que trabalharam comigo para que ela saísse de um sonho e hoje se tornasse realidade. Para além do resultado que ela é, a vivência dela com toda certeza foi uma das melhores experiências de vida até agora.

Nesse processo, eu preciso agradecer aos meus pais, Kedma e Artur, que não mediram nenhum tipo de esforço para que eu conseguisse me dedicar física e psicologicamente a essa pesquisa. Agradeço imensamente ao meu irmão, Rafael, exemplo de pessoa, estudante e iluminador de caminhos em tempo de escuridão.

Não tenho palavras para agradecer a importância que minha tia, Maria do Socorro, tem em minha vida. Exemplo de professora e de pessoa que sempre se entregou de corpo e alma ao magistério básico e fundamental, ainda que para isso fosse necessário criar estradas para locais esquecidos. Ela nunca os esquece.

Agradeço aos meus amigos de colégio, Felipe Simões e Thiago Alencar. São mais que amigos, são verdadeiros companheiros e irmãos que a vida me deu, são elementos de luz. À Felipe Santana e Laélia Aragão, pelo apoio incondicional.

À Mayara de Carvalho, cuja nossa ligação inicial se deu em decorrência da nossa região nordestina e paixão acadêmica, mas que depois se tornou uma amizade em que o companheirismo me guia até mesmo em dias de distância. Cada dia com você me torna mais humano. Nenhuma palavra ou frase nesta pesquisa foi escrita sem que fosse lembrada de nossos constantes diálogos. De que “não se trata de negar o passado, mas de se permitir ser ator da própria vida e assumir as responsabilidades das próprias escolhas”. Se sou o que sou hoje como ser humano, muito, muito eu devo a você.

Minhas raízes são as minhas asas, sempre fico em relação intermediária de uma presença distante do local onde cresci. Agradeço à Diego, Manoelzinho, Tia Rose, Lucas, Pandora e Lion, pela recepção amorosa em São Luís, pelos momentos de família, do compartilhamento de humanidades e por saber que distância é algo relativo.

À Arnaldo, Tatá Viegas, Daniel “minha joia” Rodrigues, Cleopas Isaías, Alex Rahbani, Ricardo Pestana e Teresa Barros, amigos que o direito e o magistério me deram.

Sair de casa nunca é uma tarefa fácil, mas se ambientar em terras mineiras foi algo muito fácil. De alguma forma parece que já pertencia às Minas Gerais. Povo maravilhoso e que se entrega em tudo que faz. Sou muito grato à Dona Maria Emília e Olavo Rodrigues pela

recepção como “filho de terras distantes”. Ao Grégore Moura, profissional exemplar e a quem sou muito grato pelo apoio desde o processo seletivo.

Aos colegas de vivência diária do Edf. Time, Vinícius Talim, Henrique Mendes e Fernando Teixeira.

Agradeço vivamente à confiança depositada em mim pelo meu orientador, Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes, exemplo de jurista. Sempre insatisfeito e a procura de “novos horizontes hermenêuticos”. Ao Prof. Dr. Emílio Peluso, pelo exemplo de pesquisador.

Aos colegas de jornada acadêmica, Renan Sales e René Braga, pelo companheirismo e pelo compartilhamento de angústias e conquistas, algo comum em âmbito acadêmico no Brasil.

Aos companheiros de diálogos restaurativos. Meus sábados sem vocês são “retributivos”.

Ao meu grande amigo e acadêmico, Alonso Reis, pelos diálogos diários e por me provocar na busca incessante de novas portas acadêmicas.

Essa pesquisa contou, também, com o financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Não poderia deixar de agradecer às portas que o Governo Federal tem aberto na última década que, incansavelmente, fomentou a educação de alta qualidade e o acesso a ela. Que isso possa continuar.

Aos meus alunos.

RESUMO

Objetiva-se nesta pesquisa a identificação das influências aos processos de tomada de decisão e como isso contribui para o desempenho de tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal. Busca-se a compreensão dos limites que juízes e tribunais estão sujeitos e como isso influencia na construção de procedimentos decisórios. Partindo-se das construções realizadas por meio do movimento LGBT, analisam-se as contribuições e influências de movimentos sociais no reconhecimento de direitos e como as narrativas de identidade ganharam consideração no âmbito da decisão do STF, que reconheceu a validade da união estável homoafetiva. Nesse sentido, recursos a posturas dialéticas foram utilizadas para compreender as relações e tensões dentro dos processos decisórios e do movimento LGBT, operacionalizadas por meio de sua processualidade. Adota-se postura longitudinal de investigação para compreender a experiência da prática constitucional em seu desenvolvimento, no qual o contexto decisório indicou que juízes e tribunais precisam ser sensíveis às interações institucionais formais e também aos movimentos sociais. Afirma-se que mudanças de posturas no STF precisam ser realizadas para que as narrativas de identidade e as posturas interpretativas de outras instituições possam ser consideradas dentro do discurso constitucional, como forma de fomento da legitimidade do sistema como um todo. A partir disso, será possível a mudança na linguagem constitucional e a superação dela como um diálogo de elites. Minorias não apenas serão aceitas, mas consideradas dentro do discurso constitucional. Isso promoverá a construção de procedimentos decisórios mais abertos, indicando-se posturas limitadas e controladas. O fio teórico condutor da investigação se dá a partir das categorias adotadas por Jack Balkin, no sentido de que a interpretação constitucional é realizada ao mesmo tempo na sociedade e nos tribunais e constitui meio para a legitimidade das mudanças constitucionais. Desse modo, cabe às instituições estatais internalizarem as posturas da interpretação do povo como forma de respeito às narrativas de identidade e fomento da continuidade do projeto político-constitucional da comunidade. Com efeito, perpassam pela pesquisa as concepções teóricas do constitucionalismo democrático em suas abordagens descritivas e de reconstrução da história constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Instituições. Interpretação constitucional. Movimentos sociais. Controle do Poder Judiciário.

ABSTRACT

This essay intends to identify the influences on decision-making processes of the Brazilian Supreme Court, and how they influence to the court's performance. It seeks to understand the limits by which judges and courts are liable, and how these limits influence the construction of decision-making procedures. Based on the constructions performed by the LGBT movement, we analyze the contributions and influences of social movements in the recognition of rights, and how the narratives of identity gained consideration in the Brazilian Supreme Court decision about same-sex steady union. Based on this, we used a dialectical procedure to comprehend the relations and tensions within the decision-making process and the LGBT movement. Thus, the constitutional practice was explored in a longitudinal approach which concludes that the judges and courts must be responsive to the decisional context and the process of institutional interactions that includes social movements. We argue that the constitutional discourse should contemplate identity narratives and decisions of another official institutions. Hence, the performance of the Brazilian Supreme Court also needs to evolve and allow for the constitutional language to go beyond an elite dialogue. In this sense, minority groups will be considered rather than accepted. It advances into constructions of more open-ended processes of decision-making which imply in controlled and limited performances. The investigation starts from constitutional categories adopted by Jack Balkin in the sense that the constitutional interpretation takes place simultaneously in society and in courts, so that the way to legitimacy of constitutional system. It's up to the competent official institutions, to internalize the will of the people as way to considerations of identity narratives and fostering the continuity of constitutional project. This research was conducted by theoretical construction of democratic constitutionalism in both descriptive and constitutional history approach.

Key-words: Constitutionalism. Institutions. Constitutional interpretation. Social movement. Control of Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DIREITO, POLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO TAMBÉM NOS TRIBUNAIS	20
1.1 A parceria civil homoafetiva e a Constituição no Supremo Tribunal Federal: o aspecto contramajoritário revisitado.....	23
1.2 A legitimidade do escrito e do não escrito e os pressupostos teóricos para a prática constitucional democrática: a Constituição como “nossa lei”	31
1.3 Opinião pública e o papel da vontade do povo nos processos interpretativos da Constituição.....	41
1.4 Conclusão: em direção de um modelo de constitucionalismo.....	49
2 CONSTRUÇÕES CONSTITUCIONAIS E INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS: MOVIMENTOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO ALÉM DOS TRIBUNAIS.....	52
2.1 Movimentos sociais no contexto decisório da ADI 4277 e a luta por reconhecimento da parceria civil homoafetiva	54
2.2 Lacuna e autoconsciência institucional no reconhecimento da união estável homoafetiva	65
2.3 Entre decisões e instituições: o novo institucionalismo e as implicações para a prática constitucional dos juízes e tribunais	74
2.4 Conclusão: a relação necessária entre interações institucionais e prática constitucional	82
3 PRÁTICA CONSTITUCIONAL JUDICIAL DEMOCRÁTICA: O PAPEL DOS JUÍZES E TRIBUNAIS A PARTIR DO DEVER DE SENSIBILIDADE	83
3.1 Mudança, legitimidade e os compromissos da Constituição do Brasil	84
3.2 Independência, autonomia e a prática constitucional judicial	92
3.3 Discurso democrático, <i>performance</i> e encriptação da Constituição.....	101
3.4 Conclusão: a permanência da mudança.....	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

A compreensão do sentido de um acontecimento depende, necessariamente, da possibilidade de acesso ao contexto que o circunscreve. As coisas acontecem inseridas em realidades específicas, que influenciam e/ou determinam o acontecimento e, ao mesmo tempo, são também influenciadas por estes.

Bárbara Santos¹

Em decisão mundialmente festejada, no dia 26 de junho de 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a legalidade do casamento realizado entre pessoas do mesmo sexo de nascimento. Segundo os juízes do Tribunal, lei que estabeleça a legalidade do casamento somente quando for uma união entre um homem e uma mulher afronta a igualdade e a liberdade².

Diversos veículos manifestaram apoio à decisão, principalmente com a utilização de filtros de arco-íris – bandeira mundial do movimento pela diversidade sexual – em perfis de redes sociais.

No Brasil, desde 2011, o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a união estável entre relações ditas “homoafetivas”³. Desde 2013, o Conselho Nacional de Justiça havia editado ato normativo dispendo sobre a celebração de casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar de dois cenários político-jurídicos bem diferentes, há em comum entre eles que as mudanças nos valores sociais e constitucionais ocorreram, ao mesmo tempo, nos espaços informais de deliberação pública e dentro de instituições estatais – no caso, o Poder Judiciário, principalmente no âmbito de Cortes ou Tribunais Supremos.

Diante disso, a prática constitucional⁴ ganha novas concepções e abordagens, indicadas, principalmente, por toda uma estrutura de posturas e atuações sociais que apresentam

¹ SANTOS, Bárbara. **Teatro do Oprimido: raízes e asas – uma teoria da práxis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ibis Libris, 2016, pp. 52-53.

² Confira: Suprema Corte dos EUA reconhece a legalidade do casamento gay. **Carta Capital**. 26 jun. 2015. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reconhece-legalidade-do-casamento-gay-2484.html>>. Acesso em 19 dez. 2016.

³ Para referir-se às questões da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo de nascimento, utilizar-se-á ideia de “homoafetividade” - e o seu antônimo, “heteroafetividade” – como expressão principal acerca da questão debatida, bem como diante da sua escolha pelo Ministro Relator da ADI 4277/ADPF 132 deste termo. Será uma forma de manter-se a similitude de expressões e facilitar a compreensão das questões. Ademais, sabendo-se que a conceitualização dessas expressões não são uma tarefa fácil – mas que não constituem o objeto principal deste trabalho - e perpassam pela própria causa como um todo, outras expressões também serão utilizadas como: “casamento homossexual”; “casamento gay”; “união estável homossexual”.

⁴ A ideia de prática constitucional será adotada neste trabalho de modo amplo, como forma de veicular não apenas o exercício do controle judicial de constitucionalidade ou da revisão judicial dos atos dos poderes públicos.

determinados incentivos. Alçando-se às questões de direitos e liberdades civis, como é a causa do casamento gay, representa um indicativo de que as posturas institucionais estatais foram influenciadas por uma gama de outras práticas.

O cidadão⁵ deseja que sua forma de vida seja contemplada nos cursos de ação estatal. Luta para que as suas narrativas de identidade e seu poder de autodeterminação consigam ser não apenas aceito no discurso político-jurídico, mas considerado dentro dele como motivo para cursos de ação estatal.

Neste contexto, a interpretação constitucional pelo Judiciário seria uma postura, uma narrativa ao lado de tantas outras em interação. Os processos de decisão se apresentariam como expressão oficial dentro de determinado contexto social. Com isso, vê-se que os cenários em que as mudanças ocorrem compartilham de outra característica comum: são realizados em meio político, ou seja, em contexto de diversidade, de relações e tensões que interagem entre si e contribuem para o avanço e legitimidade das mudanças.

Essa manifestação dentro da humanidade e individualidade de cada cidadão constrói pontes de identificação. Elas formam uma trama coletiva que compartilha de interesses, preferências e lutas semelhantes, levando-se à comunhão em prol de uma coletividade determinada. No contexto de cenários de democratização, como o Brasil, a expressão ocorre por importantes atores, como os movimentos sociais e políticos, bem como pela relação entre eles para atuações estratégicas na sociedade.

Partindo-se disso, a problematização da pesquisa assenta-se no seguinte questionamento: a agitação realizada por meio de movimentos sociais e políticos influencia o STF na tomada de decisões e no reconhecimento de direitos?

Não é incomum acessar meios de comunicação e se deparar com notícias de capa sobre a Corte Suprema brasileira. É dizer que a população como um todo está mais ligada – e, por que não, organizada e participante – aos processos decisórios. Os processos de interpretação constitucional, portanto, não estão isentos de influências, sejam internas ou externas,

Também será utilizado o termo como expressão da interpretação da Constituição por várias instituições, dentre as quais se insere o Poder Judiciário, bem como por movimentos sociais e a opinião pública.

⁵ Os termos “cidadão” e “povo” irão aparecer diversas vezes. Fazendo a ressalva de que não haverá apego a uma só conceitualização do termo, eis que diversas teorias serão inter-relacionadas, adota-se tal termo de forma ampla, de modo a englobar não apenas o seu caráter “ativo” (MÜLLER, 2003, p. 55-58). Adotam-se, os termos, também, como pertencente e formador de uma identidade coletiva, bem como expressão de narrativas individuais (BALKIN, 2011a, p. 242) ou constitucional, isto é, que representem um estado formação continuada (ROSENFELD, 2003; JACOBSON, 2010). Relacionar-se-á, portanto, com a possibilidade dos cidadãos de encaminharem interpretações e posturas sobre o significado das normas constitucionais, em expressão de um poder de autodeterminação.

principalmente considerando as previsões de participação de entidades da sociedade civil por meio do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Com efeito, a hipótese deste trabalho é de que o significado da Constituição atribuído pelo Supremo Tribunal Federal deve ser sensível à interpretação feita pelos cidadãos, a partir da sua participação política – mediada ou não por movimentos sociais e partidos políticos -, eis que no contexto de democratização a manutenção de uma cultura democrática exige que todos os cidadãos possam participar e efetivamente se sintam participantes das mudanças sociais e a superação de privilégios ou injustiças.

Esta relação entre os fatores internos e externos não só precisa ser internalizada aos processos decisórios, mas devem figurar como limites às decisões judiciais e como meio para o reconhecimento de direitos. Assim, possibilita-se a abertura das posturas judiciais como espaço de consideração de narrativas para além do discurso normativo.

Há que se entender que a amplificação da atuação do Supremo Tribunal no Brasil não se deve unicamente ao rol de competências fixadas pela Constituição de 1988. Deve-se somar a essa característica o fato de que essas competências são exercidas a partir de requerimentos ou demandas, bem como a partir da participação de outros atores, dentro e fora dos Tribunais⁶.

Desse modo, o aumento da atividade do STF não advém do papel de “guardião da constituição”. De modo contrário, é a soma de diversos fatores institucionais que faz com que o tribunal ocupe espaços específicos de atuação.

O objeto principal, portanto, é investigar as influências de fatores internos e externos ao processo de tomada de decisão pelo STF, a partir dos movimentos sociais⁷ e políticos, e a atuação deles como forma de limites às decisões e construção de procedimentos decisórios.

Analisar e compreender novos caminhos de interpretação constitucional e como isso contribui para a construção de procedimentos decisórios e limitação do Poder Judiciário, especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, implica em ampliar o contexto de análise para além da aplicação de estruturas normativas pré-estabelecidas ou das simples posturas institucionais em relação a este complexo normativo.

⁶ Segundo José Murilo de Carvalho (2015), o contínuo processo de construção e expansão da atividade cidadã no Brasil perpassa, também, pelos frutos derivados de determinados instrumentos judiciais trazidos pela Constituição de 1988 – principalmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade – e outros que foram fortalecidos – como a Ação Popular e Ação Civil Pública. A ampla participação cívica permitiu o avanço em direitos individuais e sociais.

⁷ Certo é que será dada maior proeminência aos movimentos sociais e à opinião pública. Ocorre que, no contexto de luta pela parceria civil homoafetiva, em determinado momento político foi necessário que o movimento se aproximasse de relações político-partidárias e contar com o apoio de instituições estatais, de modo que não se exclua do estudo a movimentação dentro destes cenários.

A partir das estruturas normativas constantes na Constituição de 1988 indica-se que o exercício dessa prestação jurisdicional no STF atua como respostas a incentivos. Ao Tribunal caberia a disposição para processar e julgar os processos ou dar uma resposta. Se há maior atividade desta instituição dentro do cenário político brasileiro a responsabilidade não é tão somente do tribunal⁸.

Esse cenário, que a cada dia coloca instituições judiciais como protagonistas, suscita discussões sobre não apenas os direitos que estão sendo discutidos, mas sobre o que motiva a decisão. A construção do significado de constituição traz a reboque a releitura necessária das outras atuações institucionais que também participam do processo decisório.

Fica estabelecido um pêndulo reflexivo se os direitos constantes no texto constitucional necessitam de uma instituição intermediária para o seu pleno exercício ou se o cidadão pode exercê-los diretamente. A soberania popular é fonte e detém legitimidade para, dentro de um poder de autodeterminação, dizer o que os direitos constitucionais significam para si.

Serve, então, o modelo teórico-pragmático defendido por Jack Balkin (2011a, 2011b), no sentido de que a interpretação constitucional é uma dentro de várias outras. Assim, o encaminhamento de qualquer sentido das normas constitucionais, ocorre em meio a um contexto interacional entre várias instituições oficiais e a vontade do povo.

A Constituição seria um projeto imperfeito de longa duração cuja legitimidade seria aferida pela possibilidade de consideração das narrativas do povo dentro das decisões estatais, cujos movimentos sociais têm importante função retroalimentadora do sistema e superação continuada dos espaços vazios entre a interpretação do povo e a estatal.

Diante dos pressupostos teóricos adotados, assentados no constitucionalismo democrático em sua acepção descritiva e da história constitucional em constante desenvolvimento, será utilizado o termo “democratização” como pressuposto para análise, compreensão das mudanças sociais e apreensão pelo discurso constitucional, tendo em vista a sua dinamicidade e abertura.

Para tanto, adota-se o dever de sensibilidade como forma de consideração de narrativas identitárias e superação da apreensão da linguagem constitucional por meio do discurso técnico, acessível a poucos. A adoção do termo “democratização” como algo perene, continuado, será

⁸ Segundo Han Hirschl (2013), a constatação de uma ampla judicialização de questões ocorre devido ao fomento vindo das instâncias inferiores ou por instituições cuja participação nos processos decisórios apenas conseguiu um maior desenvolvimento nos dias atuais, e a cada dia promove discussões sobre a relação entre direito e política. Para o Hirschl isso consiste numa “judicialização de baixo para cima”.

adotado no lugar de “democracia”, porquanto aquele represente melhor a noção de processualidade e projeção no futuro que o marco teórico exige.

Ademais, não se nega a existência de estudos acerca da legitimidade democrática. Ao revés, parte-se dela como forma de superação de construções teóricas ainda comuns na literatura de que contra o Judiciário haveria um problema de representatividade. Para tanto, exige-se a superação de que o Judiciário seria uma instituição isolada e livre de influências.

Diante dos limites da pesquisa, centrada no desempenho de instituições judiciais no contexto de interações, não serão discutidas questões acerca da legitimidade democrática de juízes e tribunais. Parte-se de que o Poder Judiciário é importante ator no sistema constitucional, de modo que os esforços teórico-pragmáticos são no sentido de fomentar a legitimidade dele.

Considerando que o Brasil adota uma Constituição escrita e com procedimentos específicos para sua alteração, o caso da parceria civil homoafetiva suscita questões acerca da obra original e a sua continuação por meio das gerações atuais, por isso o enfoque da pesquisa nela.

O reconhecimento dos direitos das relações homoafetivas⁹ que, nada obstante os vários processos que ocorriam nos juízos e tribunais de primeiro grau de jurisdição, somente ganhou arena nacional com a proposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 (ADPF 132) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 (ADI 4277). Os arguentes foram, respectivamente, o Governador do Estado do Rio de Janeiro e a Procuradoria-Geral da República e contou com ampla mobilização de instituições da sociedade civil.

⁹ Segundo o Ministro Ayres Britto, este termo foi cunhado por Maria Berenice Dias, sendo utilizado no voto “[...] para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo”, bem como para designar o “[...] enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre as pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos”. Ademais, o relator se vale, também, do antônimo “heteroafetividade” (BRASIL, 2011, p. 1.187 e p. 1.188).

As ações foram reunidas na ADI 4277¹⁰ e julgadas em conjunto. Pedia-se nelas que o tribunal concedesse interpretação conforme à Constituição¹¹ ao artigo 1.723 do Código Civil, de modo que os direitos e deveres advindos da união estável em homem e mulher fossem estendidos às uniões homoafetivas. As ações foram julgadas procedentes por unanimidade, conferindo-se a equiparação.

Como se pode perceber de imediato, o questionamento central da ADI 4277 era buscar dentro da Constituição de 1988 guarida para o reconhecimento de uma nova entidade familiar, formada por pessoas do mesmo sexo de nascimento.

Um aspecto que restou evidente em todos os votos nas manifestações dos demais participantes do processo foi a questão do silêncio constitucional em dispor de modo expreso acerca do reconhecimento da união estável homoafetiva. Esse silêncio igualmente suscitou questões da capacidade e legitimidade do STF de encaminhar interpretação pretendida¹². A partir da não apreensão da textualidade constitucional da união estável - ou mesmo casamento – homoafetiva, suscita-se a questão sobre a legitimidade da permanência e da mudança.

¹⁰ Conforme consta no voto do relator, Ministro Ayres Britto, inicialmente as ações tinham pedidos diferentes. A ADPF 132 tinha como pedido a interpretação a ser dada aos artigos 19, II e V e 33, I a X, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei n. 220/1975), com vistas a não reduzir os direitos de companheiros de relações homoafetivas ao gozo de licenças e benefícios previdenciários. A ADI 4277 pedia que fosse dada interpretação conforme à constituição ao artigo 1.723, do Código Civil, para que se tornasse obrigatória o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos para a união entre homem e mulher, bem como a extensão de direitos e deveres para as relações homoafetivas. Esse mesmo pedido constava na ADPF, todavia como pedido subsidiário. Assim, eram duas ações com convergências de objeto. Nada obstante, o diploma do Rio de Janeiro, cuja interpretação era objeto da ADPF, foi alterado de modo a contemplar e equiparar as relações homoafetivas e heteroafetivas, porém, tão somente aos benefícios previdenciários. Assim, nesse tocante, a ação perdera objeto. Desse modo, segundo o relator, os pedidos foram encampados pela ADI 4277 diante da sua abrangência de discutir norma federal, de modo que a ADPF 132 fora convertida em ADI e recebida em conjunto com a referida ação direta. Logo, a apenas a ADI 4277 será referenciada neste trabalho.

¹¹ Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, pp. 1460-1461), a interpretação conforme a constituição se trata de técnica decisória em que o tomador de decisão afasta as interpretações do dispositivo impugnado que sejam incompatíveis com a constituição. Assim, essa técnica visa a salvar uma interpretação, de modo que a partir da publicação da decisão o referido dispositivo precisa ser lido à luz dela. São igualmente chamadas de “sentenças intermediárias de inconstitucionalidade” ou “sentenças interpretativas”, eis que valem da interpretação para veicular uma aplicação intermediária da constituição e, conseqüentemente, mitigar a nulidade da norma impugnada (MEYER, 2008).

¹² Conforme se verá no capítulo seguinte, em que a interpretação será analisada com mais profundidade – porém, relacionado a aspectos institucionais – o resultado final não contou com os mesmos fundamentos. Ainda que coincidentes com a parte dispositiva da concessão do pedido pleiteado, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e o então Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, apresentaram questões divergentes acerca da fundamentação a ser dada à equiparação. A preocupação dos três ministros pode ser resumida em questionamentos nos seguintes pontos: i) a interpretação que se pede recai sobre norma que repete texto da Constituição; ii) o silêncio normativo importa em lacuna que deve ser resolvida por analogia e; iii) há que se pensar em efeitos posteriores à decisão que no momento decisório não seria possível imaginar. Assim, reconheciam a equiparação, mas deixavam de se pronunciar sobre questões futuras, as quais, inclusive, mereciam uma maior participação do Poder Legislativo.

Isso ocorreu, porque tanto artigo 226, §3º, da Constituição de 1988, como o artigo 1.723, do Código Civil¹³ têm a mesma redação. A partir desse silêncio a problemática era como compatibilizar o texto de 1988 com as questões atuais sobre direitos advindos das relações homoafetivas.

A decisão exarada no âmbito da ADI 4277 configurou importante avanço para o rechaço da clandestinidade das relações homoafetivas em razão da falta de regulamentação normativa. Com fundamento na não discriminação, o STF afirmou que o reconhecimento da união estável homoafetiva deverá ser realizado nos mesmos moldes normativos e com as mesmas consequências da união heteroafetiva. Assim, em que pese a falta de regulamentação normativa, entendeu, o STF, que a Constituição não proíbe a família formada por pessoas do mesmo sexo.

Essa análise será objeto do capítulo 1, como forma de apresentar os novos caminhos do constitucionalismo e do conceito de Constituição, indicando-se vias de superação do modelo brasileiro à luz, precipuamente, da questão contramajoritária analisada no julgamento. Parte-se da prática constitucional judicial como forma de reflexão para novos caminhos.

A ênfase inicial será no Poder Judiciário e na sensibilidade que esta instituição ganha a partir do reconhecimento que a interpretação da Constituição é atividade que contempla várias outras posturas, dentre as quais ganha preponderância a interpretação realizada pelo povo. Assim, a proposta do capítulo é entender as portas abertas pelo reconhecimento da importância da opinião pública nas instituições judiciais.

A importância da vontade do povo em contexto de democratização implica no reconhecimento da participação de novos atores nas decisões estatais. Essa participação e os reflexos nas interações institucionais no Brasil será objeto do capítulo 2. Investiga-se o contexto decisório externo e as implicações das práticas institucionais.

Para além da reconstrução dos principais elementos do movimento homossexual brasileiro - hoje movimento LGBT -, abordam-se questões de interação institucional e abertura para construções sobre o desempenho do Supremo Tribunal Federal a partir dos votos dos Ministros.

Fruto de mobilizações sociais e lutas por reconhecimento que remontam à década de 1970 no Brasil, a luta por direitos advindos das relações homoafetivas suscita muitas questões

¹³ Eis o teor dos dispositivos mencionados: Artigo 226, §3º, CF/88 – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”; Artigo 1.723, CC/02: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

relacionadas não apenas ao direito que os cidadãos têm de formar relações amorosas com quem desejam. Para além disso, posturas institucionais – pertencentes ou não à estrutura estatal - são discutidas, cujo reflexo se observou na existência de 16 instituições da sociedade civil que participaram dos processos decisórios na condição de *amicus curiae*.

O capítulo 3 ocupar-se-á das constatações teórico-pragmáticas advindas da ADI 4277 para a teoria constitucional e do estudo das consequências do chamado “dever de sensibilidade” dentro dos processos decisórios. A ênfase será nos aspectos internos do STF.

Será feita uma releitura das instituições judiciais com ênfase no discurso de independência e insularidade política, bem como em institutos da teoria constitucional brasileira no que tange a novos caminhos para implementação de mudanças constitucionais. Busca-se a apresentação de caminhos para o aperfeiçoamento da *performance* do STF.

A metodologia de desenvolvimento da pesquisa, diante dos limites dela, ocorreu a partir de uma dimensão longitudinal da prática constitucional brasileira. Perpassou pelo desenvolvimento dela uma abordagem preponderantemente dialética, com ênfase na processualidade.

O espaço ocupado por outros modelos de lutas por direitos, então, concede mais força e importância à vontade do povo dentro do espaço de convivência democrática, exigindo-se dos tomadores de decisão abertura para essas influências como meio para manutenção ou mesmo fomento da legitimidade democrática.

A partir das lutas pelo reconhecimento da parceria civil homoafetiva vê-se as possibilidades abertas pela prática constitucional na construção de procedimentos decisórios e para o aprendizado cidadão. Constitui mecanismo de melhoramento do desempenho institucional e construção do contexto conflitivo por meio das relações e não da instituição que decide.

Compreender a construção da narrativa do conflito por um trabalho de diversas mãos - mormente pela interação institucional promovido por movimentos sociais e pela opinião pública - é importante lente para o fomento da legitimidade das decisões judiciais.

1 DIREITO, POLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO TAMBÉM NOS TRIBUNAIS

Nos primeiros anos da Constituição de 1988 era mais proeminente a atividade do STF na resolução de “conflitos horizontais¹⁴”, na demarcação dos limites e possibilidades dos demais poderes (BRINKS, 2010). A atuação do tribunal ocorria em conflitos entre os ramos governamentais.

Atualmente, no entanto, vê-se um aumento no controle vertical realizado pelos juízes e tribunais fruto de continuado processo de emancipação dos indivíduos e na luta por reconhecimento pelo Estado brasileiro. Ocorre que, diante das complexidades advindas dos processos de elaboração legislativas e os necessários acordos políticos, minorias acabam perdendo espaço na arena política deliberativa. Resulta, assim, que parcela do exercício da cidadania no Brasil acaba por ser localizada nos fóruns judiciais.

Conforme será visto no capítulo seguinte, esforços de movimentos sociais e de grupos têm importante papel na luta e no reconhecimento da parceria civil homoafetiva. No entanto, um dos principais impulsos sobre essa nova entidade familiar ocorreu após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva.

Pendente de regulamentação expressa desde 1988, não foi por falta de propostas legislativas que a questão teve que ser localizada nos fóruns judiciais. A falta de consenso no processo legislativo foi o principal indicativo da omissão normativa¹⁵.

¹⁴ Esse termo é utilizado por Gretchen Helmek e Julio Rios Figueroa (2010) para qualificar as formas de atuação de determinados tribunais na América Latina. Segundo eles, observa-se uma menor disposição da Suprema Corte brasileira em resolver conflitos envolvendo direitos individuais ou um menor “controle vertical” nos primeiros anos de vigência da Constituição do Brasil. A não disposição, no entanto, não se refere a recusa de julgamento, mas que as demandas do STF envolviam questões entre as esferas governamentais. Disposição, portanto, se relaciona à abertura e atuação do tribunal para decidir sobre questões que são levadas ao seu conhecimento. Além disso, segundo Daniel M. Brinks (2010), a maior disposição para controle horizontal se relaciona ao novo regime de repartição de competências que foi inaugurado pela Constituição de 1988. De efeito, segundo pesquisa publicada em 2014 acerca do controle concentrado de constitucionalidade, restou clara a participação ativa de governadores de estado na propositura de ações diretamente no STF. 60% dos atos impugnados são de origem estadual, demonstrando que os conflitos políticos intraestaduais são responsáveis por grande parte dos processos, de modo que indica que a atuação do Tribunal está ainda muito relacionada com questões de federalismo e da autonomia estadual. Nesse sentido, confira: 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.** SSRN, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2509541>>. Acesso em 05 set. 2016.

¹⁵ Inicialmente é preciso que se fixe que a falta de consenso acerca da regulamentação em questões constitucionais não é algo ruim ou prejudicial à democracia. Ao revés, a permanência da tensão mantém a dinamicidade e continuidade do movimento e influencia no reconhecimento de direitos. Nesse sentido, SIEGEL, Reva B. **Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional change: the case of the fact ERA.** Faculty Scholarship Series. Paper 1097, 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1097&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em 10 jul. 2016. POST, Robert C. SIEGEL, Reva B. **Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash.** Yale Law School: Faculty Scholarship Series, 2007. Paper 169. Disponível em: <

Com efeito, várias mobilizações com o tema da parceria civil tomaram e tomam as ruas no Brasil, no qual as chamadas “Paradas do orgulho” têm se destacado em tema de diversidade sexual.

O ano de 2005¹⁶ é bem simbólico na luta que os movimentos homossexuais vêm travando desde o final da década de 70¹⁷. Ao ter levado cerca de 2,5 milhões de pessoas às ruas da cidade de São Paulo no dia 29 de maio, a 9ª Parada do Orgulho LGBT pode ser compreendida como uma manifestação a ser considerada, tendo em vista a temática da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo.

Para além da reiteração de temas relacionados à defesa da diversidade sexual e da luta contra qualquer tipo de discriminação, o tema central da parada foi: “Parceria civil, já! Direitos iguais: nem mais, nem menos!”. O objetivo da temática da parada foi pressionar o Congresso Nacional para aprovação de propostas legislativas desde 1995 tramitavam na instituição e que regulamentava os direitos das relações homoafetivas¹⁸.

Portanto, do ponto de vista legislativo, é preciso assentar que não houve o esquecimento da questão pelo Poder Legislativo, no qual o Projeto de Lei n. 1.151/1995,

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F169&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acessos em 09 dez. 2015.

¹⁶ Segundo estudo realizado em conjunto pela Associação da Parada do Orgulho LGBT de São Paulo – APOGLBT-SP; pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – CESeC/UCAM; pelo Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos – CLAM/UERJ; pelo Departamento de Antropologia da USP e pelo Núcleo de Estudo em Gênero Pagu/Unicamp, manifestações semelhantes ocorreram em mais de 70 cidades no ano de 2005, contando com o apoio de instituições governamentais e não-governamentais, bem como com artistas, pessoas anônimas e por representantes de organizações da sociedade civil. A partir do estudo, dois terços daqueles que compareceram à 9ª Parada têm um mínimo de engajamento social e político com a questão. Os resultados foram extraídos a partir de 973 questionários válidos aplicados na manifestação, analisados por pesquisadores e acompanhados por estatística. Nesse sentido, confira: CARRARA, Sérgio. FACCHINI, Regina. SIMÕES, Júlio Assis. RAMOS, Sílvia. **Política, direitos, violência e homossexualidade**. Pesquisa. 9ª Parada do Orgulho GLBT – São Paulo 2005. Rio de Janeiro: CEPESC, 2006.

¹⁷ Esse marco temporal constitui importante momento para o movimento homossexual no Brasil e produção de identidades coletivas. Trata-se da primeira onda do movimento e ensejaram importantes trabalhos sobre identidade sexual e movimentos sociais e que servirão de vetor para compreensão de aspectos institucionais do Supremo Tribunal Federal no caso da ADI 4277. Conforme afirma Regina Facchini (2005, p. 27): “Esses trabalhos foram realizados num contexto marcado por grande desconfiança em relação às organizações políticas existentes, derivada tanto da experiência com a ditadura militar quanto de uma tendência, existente em boa parte da ‘esquerda’ da época, de classificar qualquer luta que não se identificasse com a ‘questão de classe’ como ‘luta secundária’.”

¹⁸ A importância da 9ª Parada se deve não apenas pela temática a qual ela veiculou. Em que pese ser também um grande evento festivo, ela suscita questões sobre o papel dos movimentos sociais. Sobre esse dado, confira conclusão de Carrara *et al* (2006, pp. 36-37): “Nada menos do que 66% do(a)s entrevistado(a)s afirmaram já ter participado de algum tipo de movimento social. Com maior frequência de participação, encontra-se o movimento homossexual (31,3%), seguido pelo movimento estudantil (26,9%). Os resultados são muito consistentes com levantamentos feitos no Rio de Janeiro em 2003 e 2004, indicando que a população que frequenta as paradas brasileiras tende a ser politizada, participativa e predominantemente jovem. Chama atenção a politização do(a)s trans (apenas 26,3% nunca tinham participado de qualquer modalidade associativa), em contraste com as mulheres homossexuais (42,4% declararam nunca ter participado de nenhum tipo de movimento). É interessante notar também que o relato de participação no movimento homossexual diminui consistentemente com o aumento da escolaridade, o que talvez guarde relação com certo processo de ‘popularização’ da militância homossexual”.

proposta pela Deputada Marta Suplicy (PT/SP)¹⁹ praticamente inaugurou a discussão no Congresso Nacional após a promulgação da Constituição de 1988. Várias outras propostas foram igualmente apresentadas, inclusive emendas constitucionais²⁰, mas não se chegou a nenhum consenso, levando-se a sucessivos arquivamentos.

As propostas legislativas tinham por objetivo muitas questões que perpassaram o julgamento, inclusive a questão principal no sentido assegurar a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil, especialmente com o fim de proteção aos direitos patrimoniais e sucessórios²¹.

Até os dias atuais a falta de regulamentação legislativa permanece, bem como essa relação de tensão nos processos decisórios no âmbito do Congresso Nacional acerca das relações sobre parceria civil. A localização da discussão em âmbito judicial, pois, parece quase que inevitável.

Destarte, pode-se adicionar um ingrediente específico dos processos de construção da cidadania no Brasil, referente não ao protagonismo de instituições oficiais em relação às outras, mas de desconfiança do cidadão em relação com o Poder Legislativo.

Segundo José Murilo de Carvalho (2015, p. 233), isso seria consequência do modelo de “estadania” e não cidadania, que ainda perpassa o processo de democratização do Brasil e cujo marco é a Constituição de 1988. Assim, o protagonismo de antes do Executivo, e, hoje, do Judiciário em relação ao Legislativo se deve ao “vácuo representativo criado pela incapacidade do Poder Legislativo de cumprir satisfatoriamente suas funções e de gerar credibilidade perante os cidadãos”.²²

Diferentemente de países como os Estados Unidos e a Inglaterra, a implementação dos direitos sociais no Brasil veio primeiro do que os avanços em direitos civis. Nada obstante, o momento político de maior ênfase aos direitos sociais ocorreu em períodos ditatoriais, em que

¹⁹ À época da 9ª Parada do Orgulho LGBT, ao serem perguntados da existência de políticos que atuam em defesa da causa LGBT, 478 entrevistados mencionaram algum político. No entanto, Marta Suplicy foi citada por mais de 78,7% dos entrevistados como político conhecido em âmbito regional ou nacional. Entre os mais citados, constaram: Fernando Gabeira com 4%, José Genoino com 3.1%, Lula e Eduardo Suplicy com 2,5%, e Vereadora Soninha com 1,7% (CARRARA *et al*, 2006, p. 37).

²⁰ As questões legislativas foram suscitadas principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2011, pp. 1.329-1.334).

²¹ Frise-se que as propostas também veicularam proibições aos casais homoafetivos, como, por exemplo, adoção de crianças ou adolescentes. Foi o exemplo do substitutivo global apresentado pelo Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ) ao Projeto de Lei n. 1.151/1995. De modo mais recente, conforme afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes, há o PL n. 4.508/2008, de autoria do Deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL) e o PL n. 7.018/2010, do Deputado Zequinha Marinho (PSC/PA) que visam a proibição de adoção de filhos por casais homossexuais.

²² A constatação realizada por Daniel Brinks (2010) de que a atuação do Supremo Tribunal Federal era precipuamente na demarcação da atuação dos poderes constituídos nada mais é do que um reflexo histórico brasileiro de excessiva valorização do Poder Executivo.

o Legislativo estava impedido de atuar ou estava fechado, criando-se uma imagem para a população da centralidade do Executivo²³ (CARVALHO, 2015).

Esse ingrediente específico da história política brasileira combinado com estruturas políticas de incentivo - e o fortalecimento de instituições que se afirmam como representantes do povo, como o Ministério Público – culminam na expansão do Poder Judiciário e na indicação de que as decisões judiciais são o meio para o avanço de direitos até então não reconhecidos pelo Estado.

Conquanto o Poder Legislativo sofra de questões acerca da legitimidade – e desconfiança -, tal situação não atribui, automaticamente, a competência em juízes e tribunais para os processos de tomada de decisão que envolvam dissensos razoáveis. A questão, portanto, está em zona intermediária entre instituições.

A partir disso, tem-se que discussão acerca da parceria civil não pode ser desvinculada dos Tribunais – mormente do STF. De igual modo, não se pode conceder importância única às instituições judiciais. São pontos de partida reflexivos para a análise das influências que os juízes estão sujeitos no curso dos processos decisórios, isto é, como direito e política se interagem dentro de fóruns judiciais, cujo passo importante é a compreensão da atividade do Judiciário.

Se os avanços quase sempre são imputados aos juízes e tribunais, mormente a Tribunais Supremos, não significa que eles sejam os controladores destas mudanças. De fato, o que as instituições judiciais podem fazer é apenas ratificar ou catalisar determinados avanços promovidos pelo povo ao viver o projeto constitucional.

Objetiva-se descrever a atuação do Supremo Tribunal Federal dentro do contexto da ADI 4277. A ênfase será nas portas e janelas que foram abertas a partir da decisão e nos substratos teórico-pragmáticos que embasam na necessária mudança de posturas de instituições judiciais. Analisam-se possibilidades para a prática constitucional judicial democrática.

1.1 A parceria civil homoafetiva e a Constituição no Supremo Tribunal Federal: o aspecto contramajoritário revisitado

A obsessão com a dificuldade contramajoritária refletiu em estudos sobre o papel especial do judiciário independente e separado da política. O direito figuraria como limitador

²³ Conceituando tal fenômeno, afirma José Murilo de Carvalho (2015, p. 221): “Essa cultura orientada mais para o Estado do que para a representação é o que chamados de ‘estadania’, em contraste com a cidadania”.

da vontade do juiz de impor suas próprias vontades e, por isso, qualquer demanda cujo consenso fosse impossível, deveria ser localizado no âmbito do Poder Legislativo.

Considerando a problemática da ADI 4277 se fixar no silêncio normativo, lacuna trouxe à lume, também, aspectos de legitimidade e atuação do próprio controle judicial de constitucionalidade pelo STF.

Este questionamento foi posto em relevo pelos *amici curiae* GAI – Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual e pela SBDP - Sociedade Brasileira de Direito, este último ao abordar esse elemento a partir da relação entre maioria x minoria. O enfrentamento da problematização se deu de forma precípua pelo Ministro Celso de Mello.

O Ministro encaminhou voto no sentido de que o silêncio normativo deve ser entendido como possibilidade de avanço e reconhecimento de direitos das relações homoafetivas. Ademais, considerando que se trata de direitos constitucionais, afirmou, o decisor, que o STF é o detentor do monopólio da última palavra sobre a Constituição de 1988²⁴.

Segundo o voto, o projeto político brasileiro delegou ao STF a tarefa de dizer, em última palavra o que os direitos constitucionais são. As atuais gerações, então, ficariam dependentes da disposição de um órgão específico do Poder Judiciário.

O problema sobre a guarda da Constituição aos moldes do voto do Ministro Celso de Mello se apoia em questões dicotômicas e de não interação. Partindo-se disso, a questão da legitimidade democrática acerca do estabelecimento do significado das normas constitucionais no Brasil fica isolado em premissas argumentativas ambivalentes e sem considerar o próprio contexto decisório.

Antes, todavia, é preciso que se faça algumas distinções que, conforme apontadas por Rodrigo Brandão (2012), acabam não tendo a análise e compreensão devida pela literatura – e pelo próprio STF. A primeira delas diz respeito diferença entre supremacia judicial e monopólio

²⁴ Afirma o Ministro Celso de Mello em voto escrito: “**Esse protagonismo** do Poder Judiciário, **fortalecido** pelo **monopólio da última palavra de que dispõe** o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional [...] **nada mais representa senão** o resultado **da expressiva** ampliação das funções institucionais **conferidas** ao próprio Judiciário **pela vigente** Constituição, **que converteu** os juízes e os Tribunais **em árbitros** dos conflitos **que se registram** no domínio social **e** na arena política [...] **Torna-se de vital importância reconhecer**, Senhor Presidente, **que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião** da Constituição, por expressa **delegação** do poder constituinte – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois**, se a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **o amparo** das liberdades públicas (**com** a conseqüente proteção **dos direitos das minorias**), **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas **e a legitimidade** das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.” (BRASIL, 2011, pp. 1.429-1.430 – grifos no original)

judicial. A diferença está, pois, na aceitação de outras interpretações advindas de um órgão não judicial e não tão somente, neste último, restar a última palavra²⁵.

A supremacia judicial é, portanto, um *minus* em relação ao monopólio judicial, pois, enquanto a última afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário, a primeira admite que a exegese judicial é a final. Em outras palavras: o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de “reserva judicial”), enquanto a “supremacia judicial” admite que o legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário a última (BRANDÃO, 2012, pp. 14-15).

As questões sobre o monopólio da última palavra pelo STF ganharam expressão quando da fundamentação do voto do Ministro Celso de Mello no que tange ao controle e supressão das omissões inconstitucionais. Muito embora ele não entenda a existência de lacuna normativa, aduz que suprir omissões é cumprir uma ordem ditada pelo texto constitucional.

Para o Ministro Celso de Mello a falta de supressão normativa por parte dos poderes públicos indica desprestígio e desprezo à Constituição de 1988, e que deve ser corrigida pelo STF, tendo em vista a sua missão atribuída pela norma constitucional em tema de jurisdição constitucional.

A partir dessas considerações, vê-se que o voto do Ministro Celso de Mello ao veicular a afirmação do Supremo Tribunal Federal como detentor do monopólio, diante de outorga do constituinte originário, na verdade, demonstra que ele não deve se submeter à vontade de uma outra instituição estatal – no caso em não decidir sobre a regulamentação em direitos fundamentais pelo Poder Legislativo. Assim, considerando a divisão apresentada por Rodrigo Brandão (2012), se trata de supremacia judicial e não de monopólio judicial.

A ideia de última palavra não advém tão somente da questão do monopólio - que afasta a atuação de qualquer instituição sobre o estabelecimento do significado da Constituição. Ela deriva da concepção de supremacia judicial, eis que não se retira o poder de decisão do Poder

²⁵ No entanto, segundo afirma Rodrigo Brandão (2012), em que pesem não se tratarem de mesmas concepções teóricas, o Supremo Tribunal Federal acolhe ambas as teses, principalmente a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.860. Apesar disso, vê-se, na verdade, que a tese adotada é a de afirmação da supremacia judicial, porquanto impeça que novas vontades legislativas sejam obstadas por vício formal de inconstitucionalidade, eis que a decisão do STF teria força vinculante, inclusive, quanto à discricionariedade legislativa. Assim, conclui: “Admitir que apenas o fato de lei conferir determinada interpretação à Constituição a condena ao vício de inconstitucionalidade significa negar que exista interpretação constitucional fora das Cortes, atribuindo-se ao Judiciário um ‘monopólio’ ou uma ‘exclusividade’ na interpretação constitucional. Por outro lado, admitir que a superação legislativa de jurisprudência constitucional do STF padece de inconstitucionalidade, embora tolere que o Legislador também interprete a Constituição, confere a última palavra ao STF, adotando-se uma ‘supremacia judicial’. Ambas as teses foram acolhidas pela maioria na ADI 2.860 [...]” (BRANDÃO, 2012, pp. 14-15).

Legislativo, mas o coloca como primeira decisão – seja omissão, seja por ação – que, posteriormente, deverá se submeter à palavra final do STF.

No entanto, o Ministro desconsidera as influências aos processos decisórios que o STF está sujeito. Nada obstante, faz remissão a argumentos veiculados por um *amicus curiae* e se vale disso para afirmar o isolamento do Tribunal e entrincheirar argumentos da constituição na prática.

A partir das afirmações do Ministro Celso de Mello, vê-se que ele está assentado em premissas as quais se pretende superar. A argumentação do Ministro vai no sentido de afirmar que os juízes que compõem o STF precisam encaminhar e figurar no papel de representante dos objetivos constitucionais atribuídos ao Tribunal.

O STF, nessa concepção seria uma instituição isolada, cuja interpretação dele sobre o significado das normas constitucionais seria a única possível diante da outorga do papel de guardião da Constituição.

Dentro dessas concepções de última palavra, o Ministro Celso de Mello não está sozinho. Duas abordagens²⁶ sobre esta problemática são proeminentes na literatura e se referem, dentre outras coisas, à legitimidade democrática do tomador da decisão, tendo em vista a tensão permanente entre maioria, soberania popular e minoria, ou, do papel do tomador de decisão dentro da estrutura interna das instituições.

O ponto que forma o fio de análise entre as teorias se deve principalmente aos processos de tomada de decisão sobre questões sobre as quais repousam dilemas ou desacordos morais razoáveis²⁷, no qual se incluem as questões sobre parceria civil entre pessoas do mesmo sexo de nascimento.

Não se está a defender que um modelo seja melhor que outro. Afirma-se que eles não conseguem apreender toda a gama de relações e tensões oferecidas pela constituição na prática. Ademais, ainda que este trabalho tenha esse pressuposto, o estabelecimento das bases as quais se assentam as principais teorias da última palavra são importantes para compreensão do modelo o qual atua como lente do desenvolvimento deste trabalho.

Com efeito, o estágio atual de atividade de juízes e tribunais na conformação dos direitos humano-fundamentais de modo global, fez com que estudos sobre o papel destas

²⁶ Frise-se que existem outras teorias que levam em consideração desenhos políticos específicos de determinados sistemas. Nesse sentido, confira: GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

²⁷ Os dois estudos são importantes para a estrutura sociopolítica do Brasil devido a previsões normativas expressas sobre o exercício do controle judicial da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Judiciário, bem como a partir de elementos da prática constitucional do STF como, no caso da ADI 4277, a ampla participação de instituições da sociedade civil na condição de *amicus curiae*.

instituições fossem rediscutidos. As principais críticas acerca do controle judicial de constitucionalidade serão analisadas através do chamado “constitucionalismo político” (BELLAMY, 2007) e da ilegitimidade da jurisdição constitucional a partir do resgate da “dignidade da legislação” (WALDRON, 1999; 2003).

As diversidades constantes em sistemas democráticos exigem que as decisões sobre os direitos dos cidadãos fossem realizadas em espaços deliberativos que respeitem desacordos permanentes, cuja resolução não seria possível por meio da argumentação. A existência – ou mesmo impossibilidade²⁸ – de consenso indicam que os cursos de ação estatal sejam compreendidos como compromissos realizados entre grupo de interesses, um acordo político (WALDRON, 1999).

O acordo para Jeremy Waldron (1999) teria como pressuposto a questão republicana de que o espaço público de deliberação por meio do processo legislativo garante equidade procedimental, porque a participação e consideração de todos como livres e iguais ensejaria uma decisão mais próxima ao consenso. Uma obrigação moral ao curso de ação estatal é gerada, porque a decisão não é imposta, mas construída por meio de acordo político no qual várias mãos participam.

As considerações do constitucionalismo político, então, se assentam no pressuposto de que o processo que enseja a decisão garante o respeito às diferenças. O desacordo, longe de ser um ponto de desequilíbrio do processo ou de tentativa de macular a legitimidade da decisão é, na verdade, o meio para a participação e garantia da legitimidade.

A legitimidade é o respeito ao desacordo, o que para Jeremy Waldron (2003) implica no resgate à dignidade da legislação, de respeito ao Poder Legislativo, porque é o meio para não se negar o direito das pessoas de participarem em iguais condições nas decisões sociais sobre as quais não há possibilidade de consenso.

Assim, numa extremidade se fixa a ideia de que a palavra em desacordos razoáveis deve sempre ser dada pelo Poder Legislativo. A partir desta concepção de quem decide, o Poder Judiciário constitui risco à democracia, porque teria mais poder de fala e decisão por meio dos juízes (BELLAMY, 2007).

²⁸ Para Jeremy Waldron (2003) e Richard Bellamy (2007) a interpretação dos direitos humano-fundamentais enseja desacordos morais razoáveis. Em casos como esses, a regulamentação estaria sob as “circunstâncias da política”, de modo que, muito embora exista a impossibilidade de consenso a respeito dos direitos, uma decisão precisa ser tomada. Nas circunstâncias da política melhor a existência de uma decisão do que a falta dela. Dai, portanto, a ideia de acordo político e não consenso, porque há o respeito às diferenças e aos desacordos.

Quando a questão é alçada a Tribunais ou Cortes Constitucionais, as decisões dependeriam de maiorias pequenas, o que enseja insegurança jurídica, porque a instituição tomadora de decisão é menos representativa.

Ao se defender o constitucionalismo político, então, vê-se a preocupação de possíveis influências políticas a que o Poder Judiciário está sujeito, bem como que jurisdição exercida em tais situações acarreta na criação de barreiras para os avanços já concebidos na esfera política e representativa. Ao se considerar o Poder Judiciário como o legítimo para a tomada de decisão sobre desacordos morais razoáveis, há a despolitização do constitucionalismo político.²⁹

A defesa contra a última palavra no âmbito do Poder Judiciário, especificamente numa Corte Suprema, é que ela negaria a diversidade e possibilidade de deliberação no âmbito do processo legislativo. A equidade procedimental garantida por esse processo público estatal não consegue ser apreendida pelo Judiciário.

Ao se atribuir a um terceiro não eleito o poder de decidir em nome de várias pessoas, a última palavra em âmbito judicial pressuporia uma incapacidade dos cidadãos de tomarem decisões³⁰ sobre determinada ação social. Essa condição de curatela pelo Judiciário negaria o exercício do direito e retiraria a autonomia do cidadão. Diferenças hierárquicas seriam criadas, eis que somente aos juízes seriam atribuídas as atribuições de resolução dos dilemas morais (WALDRON, 1999).

Ronald Dworkin (2006) se apresenta como principal defensor da teoria sobre última palavra que fixa no âmbito de juízes e tribunais a autoridade para falar por último acerca do significado da Constituição, ou seja, aquilo que Richard Bellamy (2007) chama de “constitucionalismo jurídico”, que, quando relacionada à questão da supremacia judicial,

²⁹ Frise-se que essa afirmação pode ensejar no fomento da chamada “doutrina das questões políticas” – rechaçada por esta pesquisa. Trata-se de posturas criadas por determinados juízes e tribunais de não avançarem em questões que deveriam ser resolvidas exclusivamente pelos poderes eleitos. Assim, diante da natureza explicitamente política de determinadas questões, elas não seriam suscetíveis de apreciação judicial. Nesse sentido, confira: HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 10 Jul. 2016.

³⁰ A defesa da retirada de autonomia dos cidadãos por meio da última palavra pelo Poder Judiciário, em muito se aproxima de algumas considerações do chamado “constitucionalismo popular” ou “populismo constitucional”. Nesta teoria se defende a impossibilidade de revisão judicial dos atos do Poder Público, atribuindo-se ao povo a autoridade única para estabelecer o significado da constituição. A palavra final sobre a Constituição deve ficar com o povo, de modo que os processos de opinião sobre ela deveriam ser ampliados e não localizados em juízes ou tribunais. Nesse sentido, confira: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry. **The people themselves – popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

implica na decisão última sobre dissensos morais razoáveis serem localizado no Poder Judiciário.

A base do constitucionalismo político está assentada em premissas majoritárias, no sentido de que local para se chegar a um acordo sobre determinado dissenso seria legítimo dentro do Poder Legislativo. No entanto, nem toda decisão tomada por uma maioria é, necessariamente, democrática, de modo que o princípio majoritário só faria sentido caso sejam asseguradas condições de igual respeito e consideração dos participantes.

A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições. É necessário levar em conta um sem-número de considerações práticas, e muitas delas podem favorecer fortemente a idéia de que a própria legislatura eleita decida quais são os limites morais do seu poder. Porém, outras considerações podem favorecer a conclusão oposta; entre elas, podemos mencionar o fato de que os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o poder legislativo não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares. (DWORKIN, 2006, p. 52-53)

Dentro do Legislativo, estruturas de poder incidem de modo a indicarem pesos diferentes a determinados argumentos. O equilíbrio procedimental, então, não seria possível, porque os dilemas poderiam ganhar forças as mais diversas que resultariam em impedir participação em iguais condições³¹.

A melhor instituição para garantir essa equalização em condições de participação para formação dos cursos de ação estatal estaria, segundo Ronald Dworkin (2006), no âmbito do Poder Judiciário. Os juízes e tribunais figurariam como mais aptos à proteção dos indivíduos contra o poder e as influências constantes na seara Legislativa.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (2006), defende que a Constituição é composta por princípios morais abstratos, cuja densificação só seria possível à luz do caso concreto, dentro do fundamento ideal construtivista da integridade³², eis que nem toda decisão tomada por uma

³¹ Sobre este aspecto, há importante passagem do Voto do Ministro Marco Aurélio naquilo que ele abordou sobre o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, ou, do que ele chamou de opinião pública dominante sobre os direitos fundamentais, como forma a reforçar a necessidade do controle judicial de atos – comissivos ou omissos: “No mais ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República [...]” (BRASIL, 2011, p. 1.379).

³² O ideal de integridade para Ronald Dworkin, significa a compreensão do direito como um empreendimento coletivo, ou um “romance em cadeia”. O direito como integridade é o ponto central do construtivismo jusfilosófico do referido autor e atua como um meio postura intermediária entre as manifestações políticas passadas – o chamado convencionalismo – e dos programas instrumentais do pragmatismo, voltadas para o futuro. A interpretação da prática jurídica é vista como uma política em processo de desenvolvimento a partir de uma cadeia, cujo principal

maioria é democrática (DWORKIN, 2014a). A questão da legitimidade decisória, aqui, ganha dimensões substancialistas, conteudísticas e não tão somente procedimentais.³³

A legitimidade do Judiciário, conforme afirma Conrado Hübner Mendes (2011), estaria na própria argumentação, na possibilidade de justificação racional pelos juízes, mormente a partir do trato igualitário das partes dentro do processo de decisão. A equidade procedimental não seria possível diante das fortes influências políticas no Legislativo.

Ronald Dworkin (2014b) não desconsidera a importância da maioria para os cursos de ação estatal, mas ele só faria sentido caso asseguradas condições de participação em igualdade, como meio de expressão da própria independência ética do indivíduo. Ele reconhece como rara a possibilidade de unanimidade nas comunidades políticas. Então, a ideia de autodeterminação política que, para Jeremy Waldron (1999), teria sua maior expressão no acordo político em relação dissensos razoáveis, ganha uma dimensão de parceria ou coparticipação.

O autogoverno para Dworkin ocorre desde que os membros aceitem que eles devem agir dentro dos processos políticos com igual respeito e consideração por todos os outros parceiros (DWORKIN, 2014b). O Estado reflete e endossa uma comunidade de princípios, constitui um agente moral único, cujo autor nomeia de “sociedade personificada” (DWORKIN, 2014a)³⁴.

aspecto é a continuidade – coerência com práticas passadas relacionadas ao caso concreto – e correção – integridade, ou interpretando o direito na sua melhor luz até onde for possível. A integridade, como ato interpretativo, não se encerra, mas oferece como uma continuidade e como origem das interpretações que recomenda. Nesse sentido, confira: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014a.

³³ Frise-se que tais proposições teóricas são relacionadas à Constituição dos Estados Unidos da América, o que para Ronald Dworkin (2006) seria “leitura moral” dela. Por não se tratar do objeto deste trabalho, bem como por não ter sido possível pesquisas e dados de modo a comprovar as aplicações teóricas na Constituição do Brasil de 1988, as considerações realizadas são apenas no intuito de contextualizar a discussão sobre a legitimidade, tão somente como forma de pavimentar o caminho para discussões outras e relacionadas a aspectos institucionais. No entanto, considerando o objeto da ADI 4277, e as diversas argumentações acerca da união estável homoafetiva, pode se fazer indicações de que a Constituição de 1988 permite uma leitura moral. No entanto, para fins de adequação aos pressupostos teórico-pragmáticos adotados nesta dissertação, adotar-se-ão outras conceitualizações sobre processos interpretativos realizados como meio para aplicar princípios constitucionais no caso concreto ou, conforme Jack Balkin (2011b), para aplicar a estrutura de governo a longo prazo que, para além de aspectos de constituição institucional política, carrega o avanço em direitos fundamentais dentro daquilo chamado de “construções constitucionais”.

³⁴ Pode ocorrer que o leitor veja alguma similitude entre o ideal de integridade e as concepções de interpretação de Jack Balkin. De imediato se faz um alerta, pelas próprias palavras do autor: “Apesar das construções constitucionais pelos tribunais envolverem a articulação, elaboração e aplicação de princípios constitucionais, minha abordagem de construção constitucional difere do modelo interpretativo de Ronald Dworkin de função principiológica da Corte. O modelo de interpretação construtiva de Dworkin tenta fazer sentido de todas as decisões judiciais passadas, justificadas pela melhor teoria da moralidade política disponível. Meu modelo defende que tribunais tentam dar sentido às inovações recentes nas construções do estado e na cultura constitucional, redescobrendo princípios passados e precedentes no processo” (BALKIN, 2011b, pp. 308-309 – tradução livre). No original: “Although constitutional construction by courts involves the articulation, elaboration, and application of constitutional principles, my account of constitutional construction differs from Ronald Dworkin’s model of the Court’s principled function. Dworkin’s model of constructive interpretation tries to make sense of the whole of past judicial decisions, justified by the best theory of political morality available. My model argues that courts

Dentro dessa concepção, as práticas estatais – seja do Legislativo, seja do Judiciário – não são desvinculadas de qualquer comprometimento com princípios morais abstratos, de modo que o Judiciário tem o dever de garantia dos princípios morais abstratos relacionados ao *status* de cidadão e, assim, ser tratado com igual respeito e consideração. É partir dessa finalidade que o *locus* de decisão deverá ser em instituições judiciais.

Assim, a questão de quem tem legitimidade para estabelecer o significado final das normas constitucionais está assentada sobre a possibilidade de participação do cidadão, dele ser considerado dentro de sua individualidade ou espaço de autonomia, de modo que grupos minoritários embora consigam participar do processo legislativo, não serão considerados.

É dizer, sempre haveria intermediação de uma instituição para falar em nome dos cidadãos que, no caso da união estável homoafetiva, contou com a atuação STF. A supremacia judicial, portanto, tinha como fundamento o dever de proteção pelo Estado que não poderia se submeter a uma vontade da maioria de não decidir sobre os direitos das relações homoafetivas. Assim, em razão de posturas omissas de ambas as instituições representativas, o Judiciário estaria autorizado a intervir e regulamentar direitos constitucionais.

Muito espaço teórico-pragmático é concedido às discussões acerca da legitimidade acerca da fixação da interpretação da Constituição. Essa questão não ficou isenta de enfrentamento pelo STF, ainda que somente um Ministro tenha feito expressa referência a ela.

No entanto, para os limites da pesquisa, o que se torna importante em analisá-la é para fixar sobre quais pressupostos que a prática constitucional brasileira ainda está assentada, bem como as eventuais incoerências, com vistas a apresentar elementos para a superação desses padrões e como isso possibilita novas práticas e aprimoramento da *performance* de juízes e tribunais.

1.2 A legitimidade do escrito e do não escrito e os pressupostos teóricos para a prática constitucional democrática: a Constituição como “nossa lei”

A legitimidade da prestação jurisdicional de âmbito constitucional é importante para a análise e compreensão das questões acerca da atuação judicial. Relacionando-se ao reconhecimento da parceria civil, para além de ser importante do ponto de vista material, do

try to make sense of recent innovations in state building and constitutional culture, redescribing past principles and precedents in the process”.

avanço em direitos, também suscita questões institucionais sobre a relação entre direito e política e suas consequências no processo de tomada de decisão.

A dinamicidade das mudanças sociais implica na mudança de posturas institucionais, que precisam ser lidas e refletidas de modo a fomentar a sua legitimidade e reconhecer que os processos de tomadas de decisão não são atos isolados e estaques, mas constituem processo dialético de longo prazo. Assim, como quer que se estabeleça a autoridade ou a instituição que vai interpretar, é preciso que se fuja de concepções limitadoras da prática constitucional.

Em que pese a problemática ter sido restringida à compatibilidade do texto de 1988 com as situações atuais sobre direitos advindos das parcerias homoafetivas, subjaz uma preocupação institucional, de limites e possibilidades. O silêncio, seja como lacuna normativa, ou como possibilidade de avanço traz a reboque uma releitura necessária do papel do STF.

Essa questão perpassa não apenas o objeto da ação referida, como também suscita problemáticas que são totalmente condizentes – e necessárias – ao constitucionalismo. Conforme afirma Gary Jeffrey Jacobsohn (2008), a Constituição pertence ao reino da interpretação e das experiências, de modo que o significado dela consiste em estado necessários de desarmonia, eis que permitem continuidades ou desenvolvimento da identidade constitucional.

Os desacordos e contradições se apresentam como tensões entre norma expressa e as questões de ordem da experiência. Desse modo, compreender esse contexto é importante para não apenas o estabelecimento do significado da Constituição, mas para o desenvolvimento de um projeto político que é chave para compreensão dela.

O reino interpretativo nos remete a concepções proeminentes acerca da interpretação da Constituição diante das conjunturas atuais: originalismo (*originalism*) e a Constituição viva (*living Constitution*). Em grande parte da literatura essas duas concepções trazem à baila as tensões entre norma e contexto atual. São expressões das dificuldades trazidas pela prática constitucional em relação com um projeto passado e que se encontra plasmado em um documento escrito³⁵.

³⁵ Conforme afirma Bernardo Gonçalves Fernandes (2010), no cenário brasileiro, por sua vez, é mais comum a utilização de concepções interpretativas que, ainda que suscitando a mesma tensão entre obra passada e as mudanças atuais, se remetem ao modelo europeu. É o caso, por exemplo, da interpretação segundo a “vontade do legislador” ou a “vontade da lei”. Todavia, não se pode excluir a adoção de posturas originalistas no contexto brasileiro, mormente no caso da ADI 4277. Confira, nesse sentido, passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski ao interpretar o silêncio normativo como uma lacuna: “O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.” (BRASIL, 2011, p. 1.276). Nesse mesmo voto, cabe a observação de Jack Balkin (2011a; 2011b), ao afirmar que o originalismo não é incompatível com as mudanças da Constituição viva,

Essa tensão é constante em modelos políticos que adotam constituições escritas. A Constituição aprovada e promulgada nada mais é que a fixação de conquistas e compromissos que devem ser satisfeitos ao longo do tempo. Ela é a própria estrutura para a “política em movimento” (BALKIN, 2011b, p. 21)³⁶.

Ademais, há uma falibilidade e vulnerabilidade no ato constituinte consubstanciado na impossibilidade de os constituintes adotarem disposições normativas expressas capazes de regulamentar toda a diversidade social.

A abordagem sobre estas questões suscita, a um só tempo, não apenas elementos acerca das posturas institucionais que deveriam ser observadas pelos juízes e tribunais, mas do constitucionalismo e da Constituição. Assim, propõem-se aqui, elementos reflexivos sobre o conceito de constituição e sobre qual postura deve ser exigida daqueles que a interpretam.

De igual modo, discute-se o entrenchamento dessas concepções interpretativas que, conforme alerta Jack Balkin (2011b), são objetos de apropriação de discursos políticos ou atuação estratégica de juízes³⁷, de modo que a prática constitucional indica que eles não são concepções contrárias, mas complementares.

Para Jack Balkin (2011b), o originalismo oferece as diretrizes para os intérpretes – principalmente os juízes. Constituiria em aspectos pré-estabelecidos de práticas e normas expressas que faz a revisão judicial e o sistema constitucional legítimos. O que a concepção do originalismo defende é que se reportar ao texto original é condição para a preservação do documento que fixa bases para determinada comunidade política. É um passo inicial para o estabelecimento do significado das normas constitucionais.

As concepções da Constituição viva, então, para ter sua legitimidade, precisa partir desta estrutura de governo. Ela não afasta uma interpretação originalista, ao revés, ela parte do

de modo que quando os juízes entendem essa última ser legítima, apresentam “exceções pragmáticas” ao originalismo ou à vontade dos constituintes.

³⁶ Isso é chamado de *framework originalism*. Por meio dele, o propósito central da Constituição é estabelecer a estrutura básica e inicial para a comunidade política, servindo como fundamento para o desenvolvimento do projeto constitucional ao longo do tempo – as chamadas construções constitucionais. Desse modo, a interpretação constitucional adequada é aquela que se mantém fiel a essa estrutura. A fidelidade ao texto é o meio para fomentar o propósito central da Constituição e (re)construí-la ao longo do tempo por meio da gerações futuras (BALKIN, 2011a). Trata-se, pois, de um modelo intermediário para a interpretação das normas constitucionais e que, dada a ênfase na limitação das instituições e na possibilidade de construção de procedimentos decisórios, será o modelo adotado nesta pesquisa.

³⁷ Jack Balkin (2011a; 2011b) se vale de aspectos descritivos da política dos EUA e da atuação do juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte. Para ele, a tensão entre projeto anterior e as questões sobre a vigência da Constituição não são excludentes entre si. A interpretação original da Constituição não implica em não a compatibilizar com as atuais gerações, porque ao se falar em interpretação original, fala-se em observância à estrutura de governo de longa duração e não em aplicar algo relacionado ao estado mental daqueles que promulgaram o texto. Com efeito, o desenvolvimento do projeto constitucional não rechaça a vontade original. São concepções complementares e que atuam no sentido conceder legitimidade democrática aos processos interpretativos.

projeto inicial para possibilitar o desenvolvimento dele. Aplica o texto e os princípios constitucionais nas condições atuais, de modo que a vigência da Constituição consiste em formas de jogar luz sobre o sistema como um todo e de como a legitimidade dele é produzida ao longo do tempo (BALKIN, 2011b)³⁸.

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 29), sempre existiu aquilo que é chamado de constituição. No entanto, ela ganha formas e denotações diferentes a depender das estruturas políticas de determinado Estado. Assim, nos dias atuais, quando se fala em constituição, vem a reboque a ideia de constituição escrita e formal, ou seja, de que as condições essenciais para a constituição de uma comunidade política estão plasmadas num único documento escrito.

Jack Balkin (2011b, p. 59), por sua vez, apresenta três formas de compreensão da Constituição. Ela é a “lei básica”, porque veicula as estruturas básicas da comunidade política ou bases de fundação desta. A função dela é garantir a estabilidade política ao longo do tempo e a possibilidade de tomada de decisões políticas e jurídicas por cada geração futura. Servindo a esse propósito, a lei básica não precisa ser justa, no que pese traga em seu bojo questões sobre direitos, obrigações, poderes e responsabilidades.

Não há como se afastar que a Constituição carrega em si um conjunto de valores e princípios, de *standards*. Assim, ela não é tão somente uma estrutura de longa duração para governo, é, também, “lei superior”, cuja finalidade é atuar como meio para conformação dos atos públicos, eis que se coloca em superioridade à legislação ordinária e serve como parâmetro para sua adequação (BALKIN, 2011b, p. 60).

A superioridade, portanto, é adquirida não por fixar arranjos políticos e procedimentos para conformação normativa, mas porque ela representa valores importantes que são superiores aos atos de política ordinária e atuam como meio para supervisão dos poderes públicos.

Para além disso, Jack Balkin (2011b, p. 60), afirma que a Constituição deve ser “nossa lei”. Ela atua nesse sentido quando o povo se vê identificado e conectado ao projeto constitucional, dando-se continuidade a um processo de formação de identidade coletiva entre as gerações passadas e aquelas que virão posteriormente.

A Constituição é um projeto político de longa duração e que muitas gerações irão ter que participar dele. Todas essas gerações devem se sentir identificadas como forma para a

³⁸ Servem, nesse tocante, as considerações de Barry Friedman (2005) no sentido de que não se optará por um único modelo de prática constitucional ou de concepção interpretativa da Constituição. Serão apresentados questionamentos sobre o conceito de constituição e como isso influencia a postura dos juízes ou daqueles que a interpretam, diante de situações atuais que não mais representam a realidade constante nos processos constituintes e na textualidade da norma.

consecução desse contínuo projeto. Em outras palavras “a Constituição não terá sucesso sem a sua aceitação e anexação ao projeto constitucional” (BALKIN, 2011b, pp. 60-61 – tradução livre)³⁹.

Percebe-se que essas formas de abordagem da Constituição são complementares entre si. Quando o povo se sente identificado, outras características da norma constitucional - como veículo e fonte de determinados valores e estrutura de longa duração para o governo - também vêm em conjunto.

Esse processo aberto, no entanto, não impede o rechaço de questões a partir das gerações atuais, ou seja, no reconhecimento na mudança de valores ou na superação de determinadas estruturas governamentais constantes no texto constitucional, seja por alteração formal por emenda constitucional ou por meio de processos interpretativos. Nesse sentido, servem as considerações de Michel Rosenfeld (2003, pp. 18-19), ao dispor que:

Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis.

O texto constitucional se apresenta, portanto, não apenas como condições estruturadoras de uma comunidade política, mas também como limites e possibilidades de avanços. A constituição escrita é a forma que determinado Estado entende por ser melhor para a constituição e estruturação do governo, plasmando conquistas passadas e pontos de partida para meios de vida para as gerações posteriores, cujo sucesso depende da aceitação e pertencimento a esse projeto coletivo (BALKIN, 2011a; 2011b)⁴⁰.

Os processos que deram ensejo na promulgação da Constituição de 1988, então, não devem ser vistos como simples ruptura com o regime antigo para implementação de um novo, assentado sobre estruturas de governo próprias. Segundo Marcelo de Andrade Cattoni (2011), há que se levar a discussão para além de determinados discursos oficiais, a fim de se compreender que o fenômeno de implementação de uma nova ordem constitucional é algo que

³⁹ No original: “The Constitution will not succeed without their acceptance and attachment to the constitutional plan”.

⁴⁰ Nesse sentido, importante a observação de Jeremy Waldron (2016, p. 284 – tradução livre; grifos no original): “[...] nós desenhamos constituições para *constituir* governos tão bem quanto para limitá-los, para *empoderar* tão bem quanto limitar [...]”. No original: “we design constitutions to *constitute* governments as well as restrict them, to *empower* as well as to limit [...]”.

se desdobra ao longo do tempo. A relação de tensões e relações desse projeto configuram uma complexa relação de contradição e complementariedade (CARVALHO NETTO; PAIXÃO, 2007).

O significado das normas constitucionais seria alcançado por meio de processos que fossem sensíveis à relação e tensão entre as gerações passadas e as atuais gerações. Trata-se de construção contínua dentro deste espaço intermediário entre o texto escrito por uma geração passada e a atual geração. Uma interpretação adequada é aquela que constrói ou reconhece direitos dentro de espaço vazio ou silêncio - como no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva -, possibilitando-se avançar ou reconhecer direitos que não foram expressamente previstos pelo texto original.

A textura aberta das normas constitucionais indica a possibilidade contínua de ressignificação das Constituição. Assim, o texto não pode ser impeditivo, por si só, da implementação de direitos que ao tempo da promulgação não eram reconhecidos pelo Estado. Esse espaço vazio deixado pelo artigo 226, §3º, da Constituição de 1988 há que ser lido como possibilidade reconhecimento a direitos.

Diante dessa relação entre texto e prática, a Constituição se apresenta como um projeto contínuo cujas tensões normativas se mostram como alvos em movimento. Novas doutrinas constitucionais podem ser criadas, posturas institucionais contribuem, igualmente, para avanços e para retrocessos em direitos, seja por meio da interpretação ou por criação legislativa.

Desse modo, o silêncio constitucional no caso da união estável homoafetiva longe de apresentar limites, constitui, na verdade, possibilidades para aquilo que Jack Balkin (2011a; 2011b) chama de “construções constitucionais”.

Os processos constituintes não têm capacidade de prever dentro de um texto constitucional o que o futuro reserva para a comunidade política. Ao se falar em projeto político de longa duração, o que se tem, na verdade, é a fixação de conquistas ou de pontos de partida. São aquilo que forma a “nossa constituição” e estabelece sobre quais bases normativas o projeto político se desenvolverá.

O processo interpretativo, portanto, partiria do texto escrito, porque é preciso preservar o significado das palavras que constituem a estrutura para o governo e os valores que ela veicula – a lei básica e a lei suprema. A tarefa principal da interpretação seria compreender aquilo que é consistente, passível de identificação com a estrutura do projeto constitucional – “nossa lei”- e aquilo que não é consistente⁴¹ (BALKIN, 2011b). É nessa interação dialética que as

⁴¹ Nesse sentido, afirma Michel Rosenfeld (2003, pp. 41 e 42): “A antinomia entre fato e norma manifesta-se pela justaposição das normas constitucionais e os fatos sociopolíticos e históricos, bem como por meio do conflito entre

construções constitucionais são possíveis e, “às vezes, construções constitucionais envolvem preencher silêncios por meio da prática constitucional” (BALKIN, 2011b, p. 298 – tradução livre)⁴².

Quando colocado em evidência este ponto de tensão, vêm à baila questões sobre as consequências para as atuais gerações, no que se refere a direitos que não tiveram guarida por meio do texto constitucional originário. Esse silêncio não pode, conforme advertiu o Ministro Luiz Fux na ADI 4277, catalisar a clandestinidade e insegurança das relações homoafetivas por meio de ignorância da sua existência diante da falta de previsão normativa expressa. A interpretação, pois, deve ser no intuito de compatibilizar com o momento histórico vivido.

O silêncio deve ser compreendido como possibilidade para o avanço em questões de direitos fundamentais. Não quer isso indicar vulnerabilidade ou falhas dentro da normatividade constitucional. Ao revés, espaços normativos abertos ou a linguagem constitucional aberta possibilitam a participação e, portanto, continuidade do projeto constitucional.

A Constituição é um documento vivo e não existe incompatibilidade entre o texto e as circunstâncias atuais, porque a interpretação deve ser compreendida como construção para adaptação às circunstâncias em mudanças (BALKIN, 2011b).

A interpretação, ao se implementar por processos de identificação e não identificação, e reconstrução da história constitucional permite que as gerações atuais possam fazer sua própria constituição, ao consentirem com o projeto das gerações passadas. A Constituição precisa ser satisfeita no tempo. A estrutura inicial para o governo está em movimento por tempo não sabido e necessita de construções constitucionais para a sua satisfação. O alvo em movimento desta estrutura política nada mais é do que permissão para as gerações vindouras para continuarem na luta por reconhecimento⁴³(BALKIN, 2011b).

É nesse ponto que se soergue a importância do texto, da tessitura constitucional que foi implementada no passado e serve de estrutura para as gerações que estão a implementar a constituição. Com efeito, o silêncio, ao tomar grande parte da argumentação dos votos dos Ministros, indica que a forma de compreender a interpretação constitucional deve ser ampliada

uma Constituição efetivamente vigente e os requisitos normativos do constitucionalismo. Nos termos da relação entre a norma constitucional e o fato histórico, a aplicação da mesma norma constitucional pode conduzir a distintos resultados, dependendo dos fatos históricos relevantes.”

⁴² No original: “Sometimes constitutional construction involves filling in constitutional silences through constitutional practice [...]”.

⁴³ Nesse tocante, vale asseverar declaração da Ministra Carmen Lúcia em seu voto: “Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua aquisição. E para que obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como realidades conquistadas e consolidadas” (BRASIL, 2011, p. 1.253).

de modo a conceber outras possibilidades, para além da ideia de lacuna e possibilidades institucionais.

Considerando que este trabalho defende uma postura intermediária de interpretação, no sentido de reflexão sobre os processos de tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, servem as considerações de Jack Balkin (2011b) do seu modelo interpretativo, que se aplicam às problemáticas que o silêncio suscitou no julgamento da ADI 4277.

Jack Balkin (2011b, p. 4), entende que a interpretação constitucional envolve duas atividades⁴⁴. A primeira é o estabelecimento do sentido de palavras, frases, que guiará a interpretação. Essa atividade é a “constatação de significado”.

A segunda atividade é a construção constitucional, que significa “implementar e aplicar a Constituição usando de todas as várias modalidades de interpretação: argumentos da história, estrutura, *ethos*, consequências e precedentes” (BALKIN, 2011b, p. 4 – tradução livre)⁴⁵.

O processo de construções constitucionais, portanto, envolve questões além da normatividade constitucional. Ao se valer de várias modalidades de interpretação vê-se que o estabelecimento do significado é realizado em cenário interacional no qual convergem várias posturas.

Para entender a interpretação constitucional, muita atenção deve ser destinada também às várias instituições que promovem outras interpretações e que, igualmente, contribuem na continuidade do projeto constitucional. Conforme será abordado, esse reconhecimento da interação institucional é necessário à legitimidade do sistema constitucional, mas que, infelizmente não ganhou espaço adequado nos votos.

Essas duas atividades da interpretação constitucional, no entanto, não são contraditórias ou excludentes entre si. A identificação à estrutura de governo é meio para a fixação de determinado provisório que, posteriormente poderá ser compatibilizado com as construções oferecidas não apenas pelas outras instituições, mas pelo próprio intérprete.

Todo processo interpretativo da Constituição, fiel a esses elementos, implica não apenas a constatação de significado. Ao se fazer a identificação com a estrutura para o governo,

⁴⁴ Jack Balkin (2011b, p. 4) chama as atividades de, respectivamente, “interpretação-como-constatação” (*interpretation-as-ascertainment*) e “interpretação-como-construção” (*interpretation-as-construction*). Ademais, para ele, muito do que as pessoas, principalmente os juízes, chamam de interpretação constitucional é, na verdade, interpretação-como-construção.

⁴⁵ No original: “[...] implementing and applying the Constitution using all of the various modalities of interpretation: arguments from history, structure, ethos, consequences, and precedent”.

com os compromissos e conquistas das gerações passadas, resulta-se na inclusão ou identificação com o passado e, ao mesmo tempo, uma exclusão.

Assim, o ato de fixar o significado de uma norma da Constituição traz em conjunto o afastamento daquilo que não é conforme a ela, dentro daquele contexto interpretativo. Ao resgatar a base política que a Constituição implementa, implica, ao mesmo tempo, em afastar determinações que não são compatíveis (BALKIN, 2011a).

Participar da construção de um edifício constitucional exige o respeito à sua fundação, à sua estrutura no qual está sendo erguida a obra. Nesse sentido, afirma-se que a interpretação constitucional envolve sempre uma criação, porquanto as construções e ou relações de continuidade interpretativa do texto constitucional são o meio para que as atuais gerações se sintam como participantes desse projeto coletivo que é a Constituição.

De igual modo, conclui-se que o processo interpretativo é permeado por uma constante relação e tensão com questões internas – o texto e os princípios – e questões externas – as mudanças e a legitimidade constitucional delas⁴⁶.

A Constituição de 1988, representa algo muito além do texto promulgado. Ela é resultado de conquistas de uma geração que expressa princípios de autonomia e emancipação da sociedade civil. Princípios estes que, segundo Marcelo Cattoni (2011), já estavam expressos nas grandes revoluções do Século XVIII - principalmente a americana - e que os processos constituintes de 1987/88 resgataram.

A justaposição entre normas constitucionais e fatos históricos suscita tensão permanente entre a obra passada, em cotejo com as mudanças ocorridas pela “constituição-na-prática”, conforme constatado por Jack Balkin (2011a, p. 36). Não se sabe o que espera no futuro, de modo que ao lado do texto constitucional há que se incluir as interpretações e toda variedade de questões que, igualmente, influenciam no significado das normas constitucionais dentro de um contexto temporal.

Esse olhar para o passado, para o texto, deve ser, portanto, um reconhecimento com as gerações passadas, a partir de um ideal de identidade coletiva que perpassa pelas diferentes

⁴⁶ Essa tensão ocorre independente do intérprete ou da instituição que está encaminhando determinado significado a uma norma constitucional. Conforme apontam Edward MacRae (1990) e Regina Facchini (2005) a construção de identidades coletivas relacionadas ao movimento homossexual brasileiro desde os primeiros passos de organização e formação de grupos teve de conviver com essa tensão entre inclusão e exclusão. Ademais, aplicando-se elementos da psicologia social na análise do comportamento judicial, Lawrence Baum (2008) afirma que juízes, independente de decidirem em órgãos colegiados ou não, decidem motivados por questões não apenas estratégicas, mas de autoapresentação. Os estudos do referido autor indicam que mesmo em instituições estatais que estabelecem procedimentos decisório em normas jurídicas existe uma tensão semelhante, no que se refere ao interesse de ser aceito e respeitado por uma comunidade a qual ele quer ser respeitado e, ao mesmo tempo, aplicar o direito na melhor forma possível. Para o fomento da autoestima de juízes identificar-se com algo deve ser levado em consideração em conjunto com a aplicação de padrões normativos.

gerações. É dizer, nós nos vemos como parte deles e eles como parte de nós. Deve-se criar “um ‘nós’ transtemporal” (BALKIN, 2011a, p. 54).

A Constituição, assim, forma estruturas - aquilo que para Jack Balkin (2011a) se assemelha a um tecido -, isto é um objeto composto por um entrelaçamento que, no caso de uma Constituição, ocorre entre o texto escrito e os compromissos que o constituem. Assim, não podem ser vistos sozinhos, de modo que o texto constitucional é uma textura que entrelaça escrito com a estrutura – e também compromissos - da comunidade política.⁴⁷

O texto, ademais, contribui como instrumento para se aferir o significado da tradição constitucional como um apelo ao resgate a compromissos comuns, de modo que o texto constitucional ao plasmar determinados valores ou elementos que constituem uma comunidade política carrega não apenas um sentido jurídico, mas simbólico e cultural (BALKIN, 2011a).

Ao tempo em que estabelece as bases políticas, a sua opção escrita atua como meio de preservar a estabilidade política⁴⁸ e canalizar processos decisórios – cursos de ação estatal – que poderão ser sustentados pelo tempo. Ao se reportar ao texto escrito, portanto, não necessariamente implica posturas conservadoras de determinado momento político nos processos interpretativos⁴⁹, mas sim como ponto de partida para a criação de construções constitucionais.

⁴⁷ Para designar a ideia de compromissos ou de uma estrutura por meio da qual o projeto constitucional será desenvolvido, Jack Balkin (2011a) usa o termo *scripture*, cuja tradução que se mostra mais adequada ao relacionar-se a obra seja “lições” ou “conquistas” das gerações passadas, mas que são igualmente veiculadas no texto constitucional, entrelaçando-se com ele. Veja-se a parte original do texto que induziu esta conclusão: “Thus, in the American constitutional tradition, constitutional protestantism does not advocate *sola scriptura*, scripture alone, but rather *scriptura textura est*, that scripture is a framework. The word *text* comes from the Latin *texo*, ‘to weave or join together,’ and *textus*, ‘a web.’ *Textura*, from which we get the modern word *texture*, means ‘a weaving or fabric,’ as in the warp and woof of a garment, and hence a framework, foundation, or structure. The text of our Constitution is a texture: it forms the warp and woof of our debates over the meaning of our experiment in self-government. The constitutional culture of the United States is democratic and participatory. The Constitution has legitimacy because Americans identify with the Constitution and regard it as their own.” (BALKIN, 2011a, p. 236 – grifos no original).

⁴⁸ A Constituição do Brasil de 1988 está atualmente na Emenda Constitucional de n. 95 que, considerando os 28 anos de vigência, resulta em quase 4 alterações formais por ano. Tal fato pode ensejar afirmações no sentido de que o excesso de emendas coloca o Brasil em constante cenário de instabilidade. No entanto, é preciso que se consigne que a estrutura política permanece hígida. O número de alterações é apenas uma consequência da prolixidade do texto constitucional que alçou ao patamar constitucional matérias que poderiam ter sido tratadas por normas infraconstitucionais. Assim, no que se refere a este ponto, concorda-se com Mark Tushnet (1999) de que as alterações formais contumazes não necessariamente implicam em instabilidade política. Somente uma alteração global – quase uma nova constituição – que resultaria em quebra da estabilidade política essencial à norma constitucional.

⁴⁹ Vale consignar, então, importante observação de John Hart Ely (2010, pp. 3-4): “Há uma antiga disputa na teoria constitucional que vem sendo chamada por diferentes nomes em diferentes épocas; porém, para falar dela, a terminologia contemporânea parece ser tão boa como qualquer outras. Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de ‘interpretacionismo’ e ‘não interpretacionismo’ – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento. Seria um erro supor que há necessariamente uma correlação entre a abordagem interpretacionista da atividade judicial

A problemática constante na ADI 4277, para além da questão do reconhecimento de união estável homoafetiva, não se trata tão somente da forma de enfretamento do silêncio constitucional. As posturas institucionais em face do texto da Constituição de 1988 e como a decisão deve ser encaminhada ganham importante relevo a partir, principalmente, das mudanças sociais nas relações afetivas e como isso provocou e influenciou a atuação do STF.

As constantes mudanças são possíveis diante dos espaços de participação pública que os processos de democratização possibilitam. Desse modo, ao se falar em mudanças sociais, vem em conjunto questões sobre a soberania e participação popular, cuja Constituição do Brasil de 1988 também alçou a princípio fundamental⁵⁰.

Nesse sentido, a postura institucional do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outra instituição oficial pode constituir, na verdade, veiculação de uma vontade popular ou de uma interpretação do povo. Destarte, a localização da discussão no STF indica um mínimo de aceitação e confiança no Tribunal.

A partir da revisitação e superação da atuação como contramajoritária, mudança e interpretação se relaciona na parceria civil homoafetiva como importante caminho para outros olhares da prática constitucional entre instituições e os agentes sociais de mudança. Diante disso, como se dá o papel do povo nos processos interpretativos da Constituição? Que importância eles têm para a construção de procedimentos interpretativos?

1.3 Opinião pública e o papel da vontade do povo nos processos interpretativos da Constituição

A problemática da interpretação constitucional dentro de cenário normativos constitucionais que fixam a soberania popular como fonte dos direitos, ao mesmo tempo em que prevê a legitimidade dos juízes e tribunais, ganha importantes estudos sobre a legitimidade das mudanças sociais e a sua apreensão pelo discurso constitucional.

em matéria constitucional e o conservadorismo político, ou mesmo entre ela e aquilo que comumente se chama de automoderação judicial (*judicial self-restraint*). [...] O que distingue o interpretacionismo do seu oposto é a insistência em que os atos dos poderes políticos só sejam declarados nulos a partir de uma inferência cujo ponto inicial ou cuja premissa subjacente seja claramente perceptível na Constituição. Que essa inferência completa não pode ser encontrada na Constituição – porque o caso em questão nem sempre foi previsto – é algo com que ambos os lados concordam.”

⁵⁰ Nestes termos, dispõe o artigo 1º da Constituição do Brasil de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Ela ganha dois lugares proeminentes: Alemanha e Estados Unidos da América. O primeiro está assentado na tese de Peter Häberle (2002) acerca da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, em que o autor lança críticas sobre os processos de interpretação constitucional⁵¹, no sentido de que todos aqueles que compõem determinada sociedade estruturada por uma Constituição também a interpreta. Cada sujeito constante na comunidade política é destinatário da norma constitucional, de modo que a Constituição é um processo cultural, aberto para a interpretação por todos.

Para ele, a comumente conhecida teoria da interpretação constitucional está relacionada com o significado das normas constitucionais dado apenas por juízes ou membros de Tribunais ou Constitucionais. Seria, portanto, uma interpretação de uma “sociedade fechada” (HÄBERLE, 2002).

A crítica que a interpretação constitucional deve ser veiculada precipuamente pelo povo, tem como ponto de partida, então, a desconfiança de que os processos interpretativos fiquem localizados em determinada instituição ou que se sujeitem a determinadas autoridades ou elites (BALKIN, 2011a). É uma crítica não apenas ao monopólio acerca da última palavra, mas da supremacia judicial e ganha o nome de “constitucionalismo popular”.

Assim, conforme afirma Jack Balkin (2011b, p. 17 – tradução livre): “[...] Teorias da interpretação judicial devem começar com interpretação pelos cidadãos como o caso padrão; eles devem ver a interpretação pelos juízes como um caso especial, com considerações especiais criadas pela função judicial”⁵². Trata-se de importante passo para a reflexão sobre a prática constitucional.

No cenário norte-americano os mesmos pressupostos reflexivos ganharam tanto espaço acadêmico quanto nos processos políticos. O ponto de partida para defesas contra a revisão judicial está no fato de que o preâmbulo da Constituição dos EUA estabelece que ela é

⁵¹ A edição da Lei n. 9868/99, que trata acerca dos processos de controle concentrado no âmbito do STF, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade – por ação e por omissão -, bem como da Ação Declaratória de Constitucionalidade, foi fortemente influenciada pela teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Dois institutos principais representam a apreensão normativa dela e são: audiências públicas e a participação de *amicus curiae* – este último será objeto de análise no capítulo 2. Assim, abriu-se possibilidade para que o STF se reportasse diretamente à sociedade por meio de representantes da sociedade civil ou da audiência de especialistas com o intuito de possibilitar uma melhor instrução das ações de controle direto. Para mais, confira: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 1.376-1.379. MENDES, Gilmar Ferreira. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/205/173>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁵² No original: “Theories of constitutional interpretation should start with interpretation by citizens as the standard case; they should view interpretation by judges as a special case with special considerations created by the judicial role”.

do povo. Diante disso, por que deixar sob a responsabilidade de poucas pessoas – que não receberam voto popular – o papel de intérprete final das normas constitucionais?

A sociedade norte-americana sempre viveu sob o constitucionalismo popular, segundo afirma Larry Kramer (2004). A aceitação da revisão judicial dos atos público ocorrera de modo passivo⁵³ e sob uma leitura do Poder Judiciário como agente do povo. Ademais, continua o autor afirmando que o povo tem medo de tomar decisões sobre seus próprios direitos, o que resulta na utilização de mecanismos não democráticos que acabaram culminando com aceitação da revisão judicial.

Desse modo, a supremacia judicial apenas existe porque o povo a aceitou. A dificuldade de implementação de decisões por meio dos processos democráticos ensejou a fixação histórica do Poder Judiciário como representante da vontade popular em questões de direitos constitucionais.

Para essa corrente, mais moderada, acerca da legitimidade das mudanças constitucionais, os juízes e tribunais seriam servos com a finalidade única de produzir bases para julgamentos pelo povo. A interpretação legítima, no entanto, é aquela produzida pela participação popular.

A defesa dessa abordagem de constitucionalismo popular se dá, portanto, não em razão da falta de previsão constitucional para a supremacia judicial, mas diante de uma análise descritiva da relação entre a vontade popular e as posturas sobre direitos constitucionais pelos Tribunais. Elas teriam capacidade mínima de coerência e integridade no qual o Poder Legislativo não teria (KRAMER, 2004).

Essa aceitação, no entanto, passou a ser assunto nos discursos políticos após a crise de 1930, quando a Suprema Corte dos EUA passou a julgar inconstitucionais legislações que compunham um pacote de medidas para superação de severa crise econômica, o *New Deal*. Segundo Barry Friedman (2009), esse conjunto de medidas oferecia esperança para a sociedade norte-americana e foram apresentadas pelo então Presidente Franklin Roosevelt por meio de legislações progressistas para o equilíbrio econômico.

⁵³ Segundo Larry Kramer (2004), o forte impulso para aceitação da revisão judicial na sociedade norte-americana ocorrera por meio de decisão do Presidente da Suprema Corte dos EUA no caso *Marbury vs. Madison*. Por meio dela restou fixada a tese da “supremacia da Constituição”, de modo que as normas constitucionais passaram a ser concebidas como parâmetro para aferição da validade dos atos do Poder Público. Nesse tocante, tem-se a Constituição, segundo as concepções de Jack Balkin (2011b) como “lei suprema”.

A derrubada inicial das leis do pacote de reforma econômica fez com que Franklin Roosevelt apresentasse um plano de medidas contra a Suprema Corte⁵⁴, que foram fortemente apoiadas pela opinião pública daquele contexto.

A participação popular contra a Corte indicou que a determinação dos direitos constitucionais não pode ir de encontro ou rechaçar a vontade do povo, o que resultou na mudança de posicionamento do Tribunal no sentido de validar algumas medidas, sintonizando-se com a opinião pública.

Frise-se, conforme descreve Barry Friedman (2009) que essa mesma vontade popular que apoiou as medidas contra a Suprema Corte logo depois apoiou a negativa das medidas. Isso ocorreu em razão de receios populares de um possível golpe pelo então Presidente Franklin Roosevelt, fazendo com que a força política perdesse força, nada obstante de que a pressão popular já obtivera o resultado desejado com a alteração de posturas pelos juízes.

Os pressupostos teóricos descritos, muito embora presente em contextos diversos, têm as mesmas desconfianças e proposições. O objetivo é a ampliação dos canais interpretativos da Constituição, cuja legitimidade advém não de uma instituição que conferiu a si mesma a autoridade, mas do povo que participa por si mesmo da conformação de direitos que lhe dizem respeito. A supremacia não é judicial, mas da vontade popular.

Ainda dentro do cenário do constitucionalismo popular, faz-se presente defesas mais severas, contra não apenas a supremacia judicial, mas ao próprio controle judicial da constitucionalidade dos atos do poder público.

O principal defensor desta corrente que pugna por tirar a Constituição dos tribunais é Mark Tushnet (1999). Para ele o povo tem condições de realizar os princípios que fundamentam a comunidade política norte-americana. Tais pressupostos estariam na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição⁵⁵ os quais estabelecem que a formação do direito constitucional deverá ser mais direta e aberta.

⁵⁴ Conhecidas como *Court-packing plan*, as medidas incluíam, dentre outras, a alteração na composição da Corte com a ampliação do número de juízes, o que possibilitaria que o Presidente Franklin Roosevelt e o partido do governo tivessem maioria na Corte. O plano de medidas previa, ainda, a alteração de competências e possível retirada de juízes (FRIEDMAN, 2009).

⁵⁵ Dentro da proposta de redenção constitucional defendida por Jack Balkin (2011a), os processos interpretativos sobre a Constituição deveriam compreender os princípios da Declaração de Independência e o Preâmbulo como normas que compõem a estrutura política de determinada comunidade. Por fixar as conquistas e os compromissos de uma geração passada, os processos interpretativos indicam reconhecer-se enquanto pertencente dessa comunidade. No entanto, em que pese reconhecer mesmos pressupostos de constitucionalismo popular, Jack Balkin (2011b) entende que os juízes e tribunais são importantes para o fomento da legitimidade democrática. Reconhecer conquistas dos antepassados constitui, na verdade, o ponto de partida para a continuidade do projeto constitucional, cuja participação dos juízes é importante ao estabelecer mais um escrutínio para os atos públicos.

O povo precisa recuperar a Constituição dos tribunais, nada obstante reconhecer que a decisão de um juiz ou tribunal não teria nenhuma supremacia sobre a realizada pelo Poder Legislativo. Os pressupostos do constitucionalismo popular, então, exigem respeito e importância às opiniões tomadas fora das Cortes, como expressão da vontade do povo.

A legitimidade das mudanças sociais e sua conformação na Constituição é aferida pela abertura dos processos decisórios. O povo por si mesmo que constituiria a fonte legítima das mudanças e não um grupo restrito de pessoas. O desenvolvimento do projeto constitucional só seria possível por meio do povo e não pelas instituições, principalmente as de natureza judicial.

Cidadãos divergem sobre a interpretação da Constituição e essa diversidade interpretativa deve ser apreendida pelo discurso constitucional que, nos moldes das teorias populistas, precisam observar que a sociedade é aberta para contínuos processos de opinião sobre seus próprios direitos⁵⁶.

Assim, em que pese constar pressupostos de que o rechaço da supremacia judicial se dá diante da sua concepção contramajoritária, consegue-se perceber, também, que a supremacia judicial atua como impeditivos de avanços ou desenvolvimento do poder de autodeterminação do indivíduo, cujo respeito e consideração é essencial aos atos estatais.

A atividade do Estado, conforme afirma Francis Wilson (1933), ganha significância a partir da opinião dos cidadãos. É elemento final na vida política e advém do fato de que aqueles que exaram opiniões se sentem membros da comunidade política⁵⁷. Trata-se de um elemento vital, porque expressa vontades que devem ser consideradas e implementadas nos processos decisório.

A concepção de vontade popular encabeçada pelas teorias populistas em muito se aproximam aquilo que Francis Wilson (1933, p. 390 – tradução livre) entende por conceito de público dentro de uma teoria democrática. Para ele, o público “que em seu sentido mais universal e preciso, é o corpo de pessoas que têm o direito de participação no governo”⁵⁸.

⁵⁶ Michel Rosenfeld (1993) afirma que a diversidade e pluralidade do discurso político-constitucional exige que o constitucionalismo figure como um processo de interrelação entre identidade e pluralidade. Nesse sentido, a partir de uma proposta contínua, aberta e sujeita a reconstruções permanentes, o desenvolvimento da identidade do sujeito constitucional igualmente exige uma constante relação do “eu” com o “outro”. Assim, o direito constitucional deve compreender a inserção do sujeito constitucional e seu espaço de autonomia e participação nos processos públicos de tomada de decisão (ROSENFELD, 2003). Desse modo, concorda-se com Jeremy Waldron (2016) ao afirmar que o constitucionalismo limita e, ao mesmo tempo, empodera.

⁵⁷ É preciso que se diga que Francis Wilson (1933) defende que as opiniões, em que pese pertencente a um estado de consciência do indivíduo são importantes para as relações humanas como um todo. Ficam em estado pendular - e crítico - entre o real e o ideal. Para além disso, as opiniões são importantes para as relações humanas e podem, conforme defende Lawrence Baum (2008), servir como meio para fomento da autoestima dos indivíduos, no sentido de ser aceito e reconhecido por um público o qual ele quer ser respeitado.

⁵⁸ No original: “[...] which in its most universal and accurate sense is the body of persons having the right of participation in government”.

Com efeito, ao junta-se esses dois elementos que são essenciais à teoria democrática – opinião e público – tem-se a formação de uma opinião pública. A vontade veiculada na opinião deseja ser considerada e absorvida nos processos de curso de ação estatal. Essa vontade de impulsionar ideias que devem ser satisfeitas é a própria opinião pública.

A opinião relacionada com o público veicula uma vontade, uma escolha entre caminhos diferentes, mas que, apesar da diferença eventual, o Estado precisa satisfazê-la. Ao fixar que a legitimidade dos cursos de ação estatal precisa estar localizada numa instituição judicial e suprema, o que o constitucionalismo popular exige é que sua vontade seja considerada.

Nesse sentido, as teorias populistas são importantes veios críticos para não apenas compreensão dos processos de tomada de decisão por instituições judiciais. Elas servem como caminho para se pensar novos instrumentos para a construção de procedimentos decisórios no STF que fomentem a legitimidade democrática.

O STF como uma instituição estatal deve compreender e internalizar a opinião pública, porque constitui uma forma de veiculação de construções constitucionais, todavia, não edificadas em espaços governamentais.

Assim, “[...] Um sistema é *democraticamente* legitimado na medida em que ele permite que os membros da comunidade política governem a si mesmos e torne ação governamental responsável perante a vontade pública, os valores públicos e a opinião pública” (BALKIN, 2011b, p. 65 – tradução livre; grifos no original)⁵⁹.

A abertura para os processos de opinião sobre o significado das normas constitucionais implica na superação de modelos interpretativos unicamente fixados na postura isolada dos magistrados. A interpretação como construção exige, também, a pavimentação de caminhos interpretativos abertos.

Ao se defender que a interpretação deve ser compreendida dentro de uma sociedade aberta, há que se entender que abertura é essa ou quais os meios para que a expressão de uma vontade referente aos seus próprios direitos possa se realizar sem que a opinião pública possa ser apreendida e iconizada⁶⁰.

⁵⁹ No original: “A system is *democratically* legitimate to the extent that it allows the members of the political community to govern themselves and makes government action accountable to public will, public values, and public opinion”.

⁶⁰ O termo “iconização do povo” é extraído dos estudos de Friedrich Müller (2003). Para o autor, a ação do povo como ícone se dá quando os detentores do poder fixam o povo como tutor abstrato dos atos. Assim, essa apropriação da vontade popular são, na verdade, expressões de autoritarismos ou qualquer outra forma de dominação.

Essa inversão da abordagem implica em reconhecer que os problemas constitucionais quando existentes encontram local dentro de um contexto social específico construído, de modo a trazer à baila a importância da vontade popular para os processos de interpretação da Constituição.

Nesse sentido, não se está a defender integralmente o constitucionalismo popular⁶¹, mas que os cursos de ação tomados pelo povo não podem ser desconsiderados dentro de uma democracia. Conforme afirma Francis Wilson (1933) a opinião pública tem uma função criativa – ou construtiva - que não pode ser desconsiderada. É preciso, conforme afirmam Robert Post e Reva Siegel (2007) concepções que, ao mesmo tempo, afirmem tanto o papel das instituições estatais como dos cidadãos mobilizados em conjunto com a atuação de juízes e tribunais.

Desse modo, sabe-se dos perigos de apreensão do discurso popular por elites, porque uma opinião pública está relacionada com um contexto mínimo de ação de grupos o que lhe confere uma necessária homogeneidade (BALKIN, 1995; CHEMERINSKY, 2003).

No entanto, alçando-se ao discurso de legitimidade constitucional das decisões, não se pode fechar os olhos para a adequada alocação de instituições estatais, como o Poder Judiciário, eis que a apropriação do discurso popular ocorre em meio político que pode ensejar o rechaço de minorias.

A importância da consideração da vontade popular, então, está no fato de que ela sempre está insatisfeita e busca meios para encaminhar isso. Processos são criados e que contribuem não apenas para o aprendizado constitucional, para construções constitucionais.

Se estas construções derivam de instituições estatais, elas só serão legítimas se a justificativa para os cursos de ação tomado estiverem baseados ou forem sensíveis à vontade popular. (POST; SIEGEL, 2007).

O povo ajuda na manutenção da autoridade da Constituição, de forma que a legitimidade das mudanças precisa passar pela vontade popular, ao menos como ponto de partida para o avanço em direitos⁶².

⁶¹ A participação do povo diante dos acontecimentos públicos desde junho de 2013 demonstra a ocupação de espaços públicos como forma de buscar consideração dentro dos cursos de ação estatal. Isso indica, de início, uma necessária postura da teoria constitucional brasileira de se retirar a Constituição do STF. Ocorre que, conforme afirma Rodrigo Brandão (2015), o contexto da jurisdição constitucional brasileira ainda é recente, mormente pela situação de governos autoritários – e militares. Desse modo, nada obstante o reconhecimento atual de participação ativa do povo, não se mostra adequado a retirada integral da Constituição dos Tribunais.

⁶² Nesse sentido, afirma Jack Balkin (2011b, p. 17 – tradução livre): “Por que enfatizar a perspectiva dos cidadãos? O povo em cada geração precisa compreender o que as promessas da Constituição significam para eles próprios. Muitas das mais significativas mudanças nos entendimentos constitucionais (tais como o *New Deal*, o movimento dos direitos civis, a segunda onda feminismo americano) ocorreram por meio de mobilizações contramobilizações de movimentos políticos e sociais que ofereceram interpretações concorrentes do que a Constituição realmente significa”. No original: “Why emphasize the citizen’s perspective? People in each generation must figure out what

Assim, para os pressupostos teóricos defendidos, vale asseverar afirmação de Jack Balkin (2011b, p. 77 – tradução livre):

Apesar do povo frequentemente associar indeterminação com instabilidade, isto não é verdade em política constitucional: a habilidade do povo de, com convicções fortes, divergir sobre a Constituição e ver diferentes coisas nela é uma importante fonte de sua durabilidade e legitimidade ao longo do tempo⁶³.

As mudanças constitucionais não podem prescindir da participação da vontade popular. Ela funciona como meio que os fundamentos para o governo ao longo do tempo sejam resgatados. O povo, então, contribui fortemente para a manutenção do desenvolvimento do projeto constitucional.

Os processos de interpretação, longe de estabelecerem formas entrincheiradas de implementar a Constituição, constituem uma soma de interpretações e fatores institucionais. E nessa construção a vontade popular não pode ser rechaçada ou ser desconsiderada ao todo.

A conjunção de questões institucionais constitui caminhos a serem tomados pelas gerações que não participaram dos processos de aprovação do texto de 1988, mas que conseguem se identificar com a Constituição, a partir de seus compromissos para a comunidade política e que são resgatados ao longo do tempo.

O projeto constitucional, conforme afirma Jack Balkin (2011b), é um projeto de longa duração que deve refletir e reagir às mudanças nos valores sociais, permitindo-se que novas doutrinas constitucionais, precedentes e instituições sejam implementadas.

Deve-se buscar, então, concepções de prática constitucional que levem a discussão para além dos juízes e tribunais, e, ao mesmo tempo para além do Poder Legislativo. Há uma tensão política na prática brasileira que demonstra um pano de fundo que não apenas rechaça concepções dicotômicas de direito e política, mas exige o reconhecimento delas e internalização aos cursos de ação estatal quando tomados pelo Poder Judiciário.

Além disso, levando-se em consideração as dimensões que o projeto constitucional pode tomar em decorrência dos processos de consentimento que as gerações atuais realizam – para se reconhecerem como pertencentes a esse projeto –, a separação entre direito e política,

the Constitution's promises mean for themselves. Many of the most significant changes in constitutional understandings (such as the New Deal, the civil rights movement, the second wave of American feminism) occurred through mobilizations and countermobilizations by social and political movements that offered competing interpretations of what the Constitution really means”.

⁶³ No original: “Although people often associate indeterminacy with instability, this is not true in constitutional politics: the ability of people with strongly held views to disagree about the Constitution and see different things in it is an important source of its durability and legitimacy over time”.

no intuito de apresentar uma teoria da legitimidade decisória em questões de desacordo morais acaba se mostrando limitada no Brasil.

É preciso que se entenda a importância de realocação do papel do STF como o primeiro passo para que a abertura de possibilidades da interpretação - como construção. O Tribunal, longe de ser visto como uma entidade neutra, isolada, centralizadora e monopolizadora das construções constitucionais deve ser compreendido como catalisar ou mediador desta tensão constante derivada do pano de fundo político.

A decisão institucional em si é apenas um momento do processo, cujo papel - intermediário - dos juízes e tribunais acabam impossibilitando a separação total entre direito e política. O caminho é pela conciliação dentre estas perspectivas que até então estão entrenchadas em polos opostos e não dialógicos, o que só é possível se o contexto político for desconsiderado, ou seja, que o controle judicial de constitucionalidade é realizado de modo isolado.

1.4 Conclusão: em direção de um modelo de constitucionalismo

Uma descrição com ênfase em outros aspectos institucionais e sociais será realizada no capítulo seguinte como forma de apresentação de interlocução - ou mesmo antítese - aos pressupostos teóricos acerca da interpretação da Constituição.

Conclui-se que novos atores contribuem para o processo interpretativo e estabelecimento do significado das normas constitucionais. Por meio da prática constitucional de modo amplo, o que a Constituição significa está para além do que os juízes, legisladores ou demais instituições estatais entendem. Ela não apenas limita ou bloqueia o processo de decisão, mas também é um meio e possibilidade para políticas.

Esse caminho de possibilidade deve ser iluminado por concepções interpretativas que possam permitir e internalizar adequadamente as problemáticas da prática constitucional. A tensão entre soberania ou vontade popular e as interpretações estatais sempre existirão e devem ser integradas.

As práticas institucionais devem ser relidas, porém, não desconsideradas e, no caso de instituições judiciais, o papel está consubstanciado na sensibilidade que os juízes e tribunais devem ter quanto às questões atuais e aos outros encaminhamentos interpretativos ou institucionais que são apresentados perante eles, seja por meio de práticas de uma autoridade, seja por meio da opinião pública.

A interpretação é um processo de aplicação da tessitura constitucional que usa várias modalidades de interpretação e de argumentos de várias instituições. O papel do Poder Judiciário é funcionar, também, como intermediador de processos de resgate da Constituição e de toda sua estrutura, dos compromissos que constituem uma comunidade política.

O texto funciona como reconhecimento do intérprete a ela, cuja identificação é o passo necessário para a adaptação dele às atuais gerações. Não há como pensar no texto sem pensar nos princípios que servem como fundamento para os processos de interpretação/construções constitucionais. Esse é o papel dos juízes e tribunais.

Os intérpretes judiciais sendo sensíveis às questões que orbitam as construções constitucionais faz com que elas se tornem possíveis⁶⁴. O resgate do texto original – que é a estrutura básica para o governo – possibilita construir e formar estruturas políticas que permitem o desenvolvimento contínuo do projeto constitucional.

Para a compreensão destas questões acerca da legitimidade, há que se entender que o STF não está livre de influências externas. Assim, no que pese o rol de prerrogativas atribuídas aos membros de tal instituição, não se pode aferir inequivocamente que a prestação jurisdicional é isolada de influências.

De modo contrário, o reconhecimento e internalização destas influências são um passo importante para aferição da legitimidade ou para, ao menos, apresentar novos contornos que indicam e moldam as construções decisórias⁶⁵. A interpretação da Constituição, portanto, precisa ser compreendida sobre novos panoramas. Ela pode ser uma forma de mudança de contextos sociais no qual o intérprete está inserido ou pode mudar o intérprete, a partir das influências.

O reconhecimento da importância de um conjunto de outras interações dentro dos processos de interpretação é a forma adequada para ampliar o espectro de análise sobre a legitimidade do sistema constitucional diante, principalmente, do estágio de protagonismo judicial.

⁶⁴ Segundo Jack Balkin (2011b), a interpretação-como-construção tem como método a fidelidade ao texto e aos princípios da Constituição. O método requer a edificação de construções constitucionais que melhor aplicam o texto constitucional e os princípios correlatos nas atuais circunstâncias. Assim, o método “texto e princípio” figura como teoria interpretativa intermediária sobre a questão da aplicação do texto em seu significado original ou da atualização dele pelas atuais gerações.

⁶⁵ Aqui, importante a observação de Barry Friedman (2005) ao afirmar que os estudos que compreendam os decisores como instituições/pessoas isoladas sejam pior ou melhor que estudos que partem daquilo que motiva eles, a partir várias influências. No entanto, para a prática constitucional e superação de determinados modelos que não aprofundam em questões acerca das posturas em processos decisórios, o não reconhecimento de influências pode não ter muita proximidade com a realidade, mormente diante do fato de que o controle judicial de constitucionalidade ocorre em meio político e que as instituições são formadas por seres humanos.

Como quer que se compreenda os processos interpretativos de juízes e tribunais eles não conseguem sozinhos garantir e fomentar a legitimidade do sistema constitucional. Quando muito, apenas suscitam questões normativas acerca da prática constitucional, impossibilitando a adequação prática.

Diante das mudanças sociais, o papel das instituições também precisa ser revisto. Quando isso chega diretamente a um órgão judicial, há se realocar o papel dele, mormente considerando a participação de importantes instituições como os movimentos sociais na conformação da Constituição⁶⁶.

⁶⁶ Nesse sentido, afirma Jack Balkin (2011b, p. 295 – tradução livre): “Nós podemos entender melhor o judiciário não como uma fonte especial de sabedoria ou de moralidade política, mas como uma instituição de construção constitucional com papel institucional distintivo e *ethos* profissional que compete e coopera com o crescimento constitucional por outras instituições”. No original: “We can best understand the judiciary not as a special font of wisdom or political morality but as an institution of constitutional development with a distinctive institutional role and professional ethos that competes and cooperates with constitutional development by the other branches”.

2 CONSTRUÇÕES CONSTITUCIONAIS E INTERAÇÕES INSTITUCIONAIS: MOVIMENTOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO ALÉM DOS TRIBUNAIS

Diante do capítulo anterior, restou fixada que uma teoria da constituição adequada precisa compreender esse espaço pendular de mudanças. Assim, ainda que se confie ao Poder Judiciário o impulso de determinados direitos individuais, é no âmbito da autodeterminação do povo que se localiza a problemática e o aprendizado.

Portanto, o capítulo anterior serviu como fixação de pressupostos teóricos-pragmáticos para que a prática constitucional no âmbito da luta por respeito às identidades possa ser vista através de lentes adequadas. As questões que orbitam os processos decisórios dizem muito sobre a decisão e suas consequências.

Esse modelo de superação dos processos judiciais de controle de constitucionalidade é aquele que compreende não apenas espaços de igualdade, mas da possibilidade que identidades não reveladas possam ser absorvidas pelos cursos de ação estatal.

Os processos de construções constitucionais, assim, se preocupam com a natureza dinâmica e aberta com que o projeto constitucional se desenvolve. Funda-se em questões da ordem da experiência como caminho para continuidades e reflexão a discursos de uma maioria específica e do próprio decisor.

Existe um conjunto de complexas relações e tensões que precisam ser internalizadas ao discurso constitucional. Seja ela por meio da opinião pública, vontade popular, seja por meio de decisões institucionais estatais. A reconciliação de tais elementos e não o rechaço a partir de uma dita última palavra se mostra como importante caminho para análise e compreensão da prática constitucional judicial.

Conforme afirma Jack Balkin (2011a), os processos interpretativos da Constituição ocorrem sempre em condições não harmônicas. Ao reconhecer a Constituição como “nossa” ao mesmo tempo é afastada aquilo que não é “nossa Constituição”, de modo que ela será sempre imperfeita e falha.

Para tanto, a legitimidade do sistema constitucional precisa ser fomentada e promovida dentro dos processos interpretativos. A constituição como alvo em movimento é, assim como o silêncio normativo, condição para uma interpretação que resgate a tessitura constitucional.

Desse modo, em que pese a legitimidade desse sistema seja guiada – ou mesmo concedida – pela habilitação do povo de encaminhar sua própria interpretação⁶⁷ acerca dos

⁶⁷ Nesse tocante, Jack Balkin (2011a), adota postura interpretativa que ele chama de “protestantismo constitucional”. Em que pese ter similitudes com a teoria constitucional popular, consiste, na verdade em críticas

direitos constitucionais, a legitimidade envolve mais do que o mero fato de parecer favorável ou contrária a determinada interpretação, ou mesmo consciência individual (BALKIN, 2011a).

Em conjunto com as construções constitucionais populares, há que se compreender a existência de atores que também contribuem para a formação da opinião pública e influenciam os processos de tomada de decisão. Atores que indicam uma interpretação-como-construção, e que consiga apreender dentro dos discursos – abertos – de opinião sobre os direitos constitucionais aquilo que forma a “nossa Constituição”.

Para Jack Balkin (2011a), se mostra importante que a interpretação popular tenha capacidade de persuasão no discurso político e, assim, possam retroalimentar o sistema constitucional garantindo legitimidade. Para além das normas criadas diariamente pelo encaminhamento individual no curso da prática constitucional, há que existir mecanismos para que essa visão possa ser aceita.

O caminho para a interpretação do povo como meio de retroalimentação ocorre por duas formas: i) pelo sistema político-partidário que interpreta a Constituição por meio de legislações, bem como pela participação dele nos processos de escolha de juízes⁶⁸ e; ii) pela atuação dos movimentos sociais, que influencia nos processos de tomada de decisão ao veicular interpretação que tenta mudar atitudes, principalmente de elites (BALKIN, 2011a).

Diante do caso na ADI 4277, percebe-se, desde antes da propositura da ação, forte atuação de movimentos sociais no intuito de mudar atitudes e normas acerca da parceria civil homoafetiva. Eles ajudaram distribuir pela opinião pública a clandestinidade e o reconhecimento sem demora ainda que, primeiramente, para fins patrimoniais.

Neste capítulo, para além de questões da existência de outras instituições que interagem e influenciam entre si, dar-se-á ênfase ao papel dos atores sociais na criação e desenvolvimento do movimento hoje chamado de “LGBT”. Nada obstante, os movimentos políticos não sejam objeto direto, na construção do movimento, vê-se em determinado momento

à interpretação elitista da Constituição, isto é, aquela realizada por instituições estatais. Para ele, portanto, a doutrina contrária, o “catolicismo constitucional” impede a dinamicidade do sistema constitucional ao localizar numa instituição oficial – única ou não – a atribuição de moldar o significado das normas constitucionais. O estado de fluidez, continuidade, somente é passível de ser compreendido se o povo possa encaminhar sua própria interpretação. Às instituições estatais cabe a sensibilidade nessas interpretações. Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2010), tal concepção interpretativa em muito se assemelha às influências da chamada “Reforma Protestante” no desenvolvimento da hermenêutica e da hermenêutica constitucional, segundo a qual todos os fiéis são habilitados para interpretar a Bíblia. Acreditar na palavra acaba tendo mais importância do que a submissão de uma interpretação dos Padres, de uma elite.

⁶⁸ Segundo artigo 84, XIV, e artigo 101, parágrafo único, ambos da Constituição de 1988, a nomeação de Ministro para o Supremo Tribunal Federal ocorre pelo Presidente da República após sabatina e aprovação pela maioria absoluta pelo Senado Federal. O Chefe do Executivo é, também, quem indica o futuro membro do Tribunal que, passados mais de 28 anos de vigência desse modelo, não houve nenhuma negativa pela casa respectiva do Legislativo.

uma guinada para aliança políticas, de forma que, quando necessário essa outra forma de retroalimentação será abordada.

2.1 Movimentos sociais no contexto decisório da ADI 4277 e a luta por reconhecimento da parceria civil homoafetiva

A questão da parceria civil e a defesa pelo reconhecimento estatal da família formada por casais homossexuais constitui importante meio para a revelação de identidades marginalizadas, cujo engajamento político possibilita aprendizado e a superação de modelos. Trata-se de um cenário que também é compartilhado por países vizinhos ao Brasil.

Segundo Juan Marco Vaggione (2013), nos países latino-americanos o reconhecimento da parceria homossexual implica na superação do modelo normativo de família que colhe fundamento nos dogmas da Igreja Católica: o modelo heteronormativo. Defender este único modelo é, segundo a Igreja, defender a própria América Latina.

Como em muitos países da América Latina, em que pese o reconhecimento de novas formas de entidade familiar ter se localizado em contextos judiciais, isso só foi possível diante das mudanças sociais implementadas por meio dos movimentos sociais. Em outras palavras, a cultura jurídica tem acompanhado as mudanças sociais relacionadas à diversidade social em razão de forte militância, inclusive com a participação nos processos judiciais como estratégia de expansão e reconhecimento de direitos (VAGGIONE, 2013).

No Brasil, o avanço em direitos relacionados à parceria civil em muito se relaciona com a construção da cidadania. A sociedade civil tem se feito participar de modo ativo nos cursos de ação estatal em questões de gênero e sexualidade, o que, com Charles Epp (2013), pode se fazer uma indicação que a abertura de espaço participativos para a militância de grupos ou movimentos nos tribunais constitui fonte para superação de modelos e reconhecimento de direitos.

Assim, seguindo-se o modelo teórico que guia esta pesquisa, o reconhecimento do contexto decisório em meio a uma rede de relações e interações constitui pressuposto para a construção de procedimentos decisórios e análise adequada da *performance* das instituições judiciais.

As influências internas e externas servem para as instituições estatais como meios de reflexão sobre a superação de dogmas que ainda perpassam discurso judicial na conformação do significado das normas constitucionais.

No âmbito da ADI 4277, a atuação estratégica dos movimentos ganhou participação ampla no âmbito do processo por meio dos 16 *amicus curiae*⁶⁹. Conforme previsão no âmbito da lei que regula o procedimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade no âmbito do STF, o relator tem o poder de admitir a participação de órgãos e entidades representativos da sociedade para contribuir com o julgamento⁷⁰.

Tais elementos das construções constitucionais no Brasil, indicam que os processos de mudança e a sua legitimidade não podem ficar adstritas à mera apreensão delas pelo discurso normativo legislativo ou jurisprudencial. A mudança de postura e o aprendizado social promovido pelo movimento LGBT indica a existência de um contexto de julgamento cuja relação entre atores sociais e posturas estatais se influenciam mutuamente e se complementam.

Assim, as mudanças constitucionais devem ganhar espaço em tribunais, e, simultaneamente, na esfera pública de modo amplo. Tribunais não apresentam disposição no reconhecimento de direitos sem o apoio de movimentos sociais e grupos de interesse (BALKIN, 2011b; EPP, 2013).

Com efeito, ainda que a textualidade constitucional não trouxesse previsão expressa sobre a parceria civil homoafetiva, a maioria dos fundamentos dos votos que compuseram o acórdão seguiram o caminho para o seu reconhecimento.

O relator da ADI 4277, Ministro Carlos Ayres Britto, extraiu interpretação ao afirmar que o silêncio da Constituição de 1988 em questões sobre a sexualidade era um silêncio intencional. Para ele, então, a falta de regulamentação normativa expressa era a possibilidade de que os direitos da parceria civil homoafetiva pudessem ter guarida constitucional.

As várias possibilidades de expressão sexual implicam a necessidade de permanência do silêncio como meio para se adequar às mudanças⁷¹. Soma-se a isso o fato de que a mesma

⁶⁹ Não se pretende apresentar e analisar todo percurso de tais entidades, mas tão somente assentar elementos que contribuem para o escopo do capítulo e do estudo referente às influências de movimentos sociais no avanço e reconhecimentos de direitos, mormente em instituições estatais.

⁷⁰ A regulamentação normativa do *amicus curiae* em Ação Direta de Inconstitucionalidade consta em apenas um dispositivo normativo, com o seguinte teor: Art. 7º, §2º, Lei n. 9.868/99, “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Nesse sentido, a construção dessa forma de participação nos processos de tomada de decisão em controle concentrado no STF se deu, precipuamente, por meio da jurisprudência do próprio tribunal e de estudos da literatura jurídica. Apesar disso, é importante consignar que se trata um importante instituto processual para abertura da opinião sobre a Constituição. Consiste em meio para pluralizar o debate constitucional e, segundo entendimento majoritário, consiste em uma modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros, eis que a intervenção de terceiros comum não é permitida, na forma do *caput* do referido dispositivo normativo (FERNANDES, 2016, pp. 1376-1379).

⁷¹ Tal afirmação resta clara na seguinte passagem: “[...] a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas.**” (BRASIL, 2011, p. 1.193 – grifos no original). Ademais, o Ministro Luiz Fux consignou afirmação semelhante: “[...] o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre

norma constitucional não faz diferenciação entre as formas de constituição de família, seja formalizada ou composta por pessoas do mesmo sexo de nascimento.

Entendeu, o Ministro, que a normatividade prevê expressamente a vedação de discriminação quanto às formas de expressão de sexualidade, nos moldes em que veda qualquer preconceito em razão do sexo biológico ser masculino ou feminino, eis que a autonomia e o seu reconhecimento são inerentes à própria dignidade humana.

Aderindo a parcela dos fundamentos do Relator, a Ministra Carmen Lúcia afirmou que a expressão “homem e mulher”, constante nos dispositivos interpretados nada mais é do que expressão da igualdade dentro do seu espaço de autonomia e intimidade.

O silêncio normativo, portanto, está na zona intermediária que é essencial à formação da identidade individual e, conforme afirma Maria da Glória Gohn (1995), consiste em expressão da cidadania do ponto de vista individual. É a questão principal do movimento homossexual no Brasil, no que se refere à tensão entre inclusão e exclusão, mas que permitiu que ele lograsse êxito mesmo em condições adversas (FACCHINI, 2005).

A partir do contexto do conflito restou assentado, na verdade, um engajamento do Supremo Tribunal Federal na afirmação dos direitos de parceria civil. A interpretação veiculada se reportou ao texto originário a partir da sua base fundamental, em seu tecido que é a expressão de uma mudança permanente e que possibilita que as atuais gerações se identifiquem com ela e possam encaminhar sua própria forma de compreender seus direitos a partir dos compromissos.

Com exceção das posturas argumentativas dos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso⁷², os julgadores reconheceram a necessária mudança de postura das instituições, dentre as quais o próprio STF na proteção dos direitos das relações homoafetivas. Todavia, nenhuma menção ao papel dos movimentos sociais foi realizada. Nem mesmo os *amici curiae* foram objetos de apreciação de seus argumentos⁷³.

a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.” (BRASIL, 2011, p. 2.1.233)

⁷² Conforme se verá, os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, encaminharam determinada preocupação institucional, todavia, no sentido de assentar as suas capacidades diante de possíveis efeitos sistêmicos. Assim, enquanto no voto do Relator - e daqueles que aderiram a ele - se observa elementos de uma abertura maior às interações com mudanças incentivadas pela sociedade, nos demais se vê uma interação entre instituições estatais ou, conforme afirma Jack Balkin (2011a), num diálogo entre elites.

⁷³ O Ministro Celso de Mello ainda ensaiou uma breve consideração ao papel dos *amici curiae*, mas restou-se preso às questões normativas relacionadas à legitimidade democrática das decisões do STF. Para ele o STF teria o papel intermediário de equilibrar a intervenção na questão homoafetiva pelo Tribunal com o sentido legitimador da participação de representantes da sociedade civil (BRASIL, 2011, pp. 1.383 e 1.385).

A luta brasileira por reconhecimento das parcerias civis homoafetivas se relaciona com a construção da identidade sexual, observada, principalmente, a partir da década de 70, cujo palco de mobilização tomou lugar com mais evidência no eixo Rio-São Paulo e em outros grandes centros urbanos⁷⁴. A reivindicação demonstrava uma expressão mundial sobre um novo caminho a ser tomados por atividades políticas, mas que não se submetessem a relações político-partidárias ou à luta de classes (DURHAM, 1984; MACRAE, 1990).

Assim, o contexto decisório da ADI 4277, começou a ser construído muito antes da propositura da ação. A demanda ao Supremo Tribunal Federal ocorreu, porque direitos continuavam a não ter a devida consideração pelo Estado. Coincide com importante momento de desenvolvimento da cidadania brasileira que, desde a abolição da escravatura e implementação da república percorre um longo caminho por luta pela liberdade e igualdade (GOHN, 1995; CARVALHO, 2015).

A importância para a legitimidade do sistema constitucional implica nas mudanças em posturas quanto aos aspectos institucionais que são abertos pela interpretação do povo. Nesse tocante, ganha espaço a atuação dos movimentos sociais⁷⁵ que, desde os movimentos de classes⁷⁶ – que se tornaram mais evidentes após a revolução industrial – passou a ser uma importante forma de ações em contextos sociais⁷⁷ (GOHN, 2010).

⁷⁴ Segundo análise de Edward MacRae (1990), o eixo Rio-São Paulo criou um ambiente bem expressivo na construção da identidade sexual. Novos espaços de “democracia sexual” foram criados como forma de se afastarem as pressões sociais cotidianamente vividas. No entanto, é preciso que se consigne que diante de ampla repulsa às expressões sociais não heterossexuais – inclusive com prisões para averiguações -, determinados lugares afastados dos grandes centros também serviam como meio para que indivíduos que se identificavam como homossexuais pudessem se expressar livremente, como, por exemplo, nos centros de umbanda. Segundo Peter Fry (1982), a escolha por esses locais se dava diante da falta de visibilidade – o que dava certa proteção -, bem como diante do fato de que as entidades recebidas pelos participantes eram, na grande maioria, femininas.

⁷⁵ Para Jack Balkin (2011a), os movimentos sociais atuam como mecanismos de retroalimentação do sistema (ou *feedback*). Para ele, existe um espaço vazio entre as interpretações do povo e das instituições estatais, de modo que ao se compreender o espaço de atuação dos movimentos sociais e políticos como retroalimentadores do sistema, esse espaço vazio tende a ser superado. Os movimentos sociais, nesse sentido, caminham em conjunto com a própria dinâmica do sistema e funcionam como expressão coletiva de uma consciência individual. Desse modo, para além da abertura aos processos de opinião sobre os seus próprios direitos o povo precisa de mecanismos por meio do qual a sua visão possa ser aceita. No que tange aos movimentos políticos, isso ocorre por meio da atuação político-partidária, eis que padrões normativos legislativos também são formas de interpretação da Constituição, bem como considerando que eles têm participação no processo de indicação e nomeação de juízes para a Suprema Corte.

⁷⁶ Chamada de corrente teórica “histórico-estrutural” (GOHN, 2010, p. 27), os movimentos sociais não se resumem a isso. No entanto, muito se deve para as novas mobilizações sociais que foram criadas dentro do contexto das lutas de classes. Para Maria da Glória Gohn (2000), o mais importante das lutas de classes reside na dinamicidade dessas ações, na dialética. É o movimento da classe e não apenas um movimento de uma classe específica.

⁷⁷ A teoria sobre movimentos sociais não é unânime dentro dos pressupostos teóricos e consequências práticas para a defesa e avanço em direitos. Conforme afirma Maria da Glória Gohn (2010) muitas são as perspectivas acerca dos movimentos sociais e que ganham vários matizes conforme a ação e seu reflexos nas estruturas políticas como um todo. Assim, para os limites estabelecidos neste trabalho, a perspectiva dos movimentos sociais será adotada dentro das concepções de Jack Balkin (2011a), isto é, como meios que possibilitam o fomento da democratização e a legitimidade do sistema constitucional. Ademais, dentro dessa concepção e coerente com os pressupostos do referido autor, os movimentos sociais ganham perspectivas identitárias – coletivas -, eis que

Eles consistem em formas de veiculação de opiniões que para além de apresentarem interesses de um grupo, exigem consideração das instituições estatais. Atuam, conforme afirma Charles Tilly (2004, p. 3 – tradução livre), “como uma chamada de trombeta, como um contrapeso ao poder opressor, como uma convocação para a ação popular contra uma ampla gama de flagelos”⁷⁸. Isso significa que a atuação de movimentos sociais tem total relação com as mudanças que ocorrem na sociedade.

A partir do papel da Constituição adotado no sentido de estabelecer as bases para a estrutura de governo de determinada comunidade política, os movimentos sociais ganham importância não apenas como vetores de mudanças, mas como composição da própria opinião pública e caminho ao discurso político⁷⁹.

Dai a preocupação de Maria da Glória Gohn (2000) de que ao se tratar sobre movimentos sociais, há que se ter certa acuidade teórica, bem como o preenchimento de determinados elementos que indiquem a existência de movimento social.

Os movimentos sociais, assim como a opinião pública, devem traduzir-se em demandas que precisam ser consideradas pelos tomadores de decisão. Constituem, portanto, em mobilizações que têm papel crucial dentro do desenvolvimento do projeto constitucional como expressão coletiva de determinados valores compatíveis com outras formas de vida.

Assim, nos movimentos sociais um mínimo de homogeneidade⁸⁰ deve existir como forma de compreensão da atuação dentro do espaço público. Para Maria da Glória Gohn (2000), quatro diferenças se apresentam como importantes para as bases que ajudarão na compreensão de determinado contexto de mobilização como movimento social.

funcionam como meio para que as atuais gerações se sintam como participantes do projeto coletivo de longa duração que é o projeto constitucional. Assim, estarão em conjunto, também, as perspectivas já adotadas de construções constitucionais e da Constituição como “nossa lei” (BALKIN, 2011b).

⁷⁸ No original: “[...] as a trumpet call, as a counterweight to oppressive power, as a summons to popular action against a wide range of scourges”.

⁷⁹ No entanto, conforme afirma Eunice Durham (1984), não há se pode hierarquizar atuação política ou político-partidária como forma de estabelecer um necessário local de alcance aos movimentos sociais para que sejam considerados. Embora haja uma frequente apreensão de discursos por meio de partidos políticos, ou por estruturas de apoio (BALKIN, 2011a, 2011b; EPP, 2013) isso não se confunde com movimentos sociais e nem os coloca como inferiores, eis que um dos elementos para a caracterização deles é o funcionamento em espaço não institucionalizado – público ou privado -, de modo que os movimentos sociais se situam em esfera não governamental (GOHN, 2000).

⁸⁰ No que concerne ao movimento homossexual no Brasil, percebe-se que a construção da identidade sexual foi realizada dentro de uma constante tensão interna dos movimentos diante, principalmente, da necessária homogeneidade dentro de um contexto que, ao mesmo tempo, lutava e luta por respeito à diversidade. No entanto, conforme afirmam Edward MacRae (1990) e Regina Facchini (2005), tal elemento antes de ser um problema, consistiu, na verdade em meios para a construção da identidade e do movimento homossexual no Brasil. Foi dentro dessa tensão de aspectos internos – heterogeneidade - e externo – homogeneidade – que conquistas foram realizadas, dentre as quais se inclui a própria criação da sigla que serve como bandeira para o movimento. Nesse sentido, confira: FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

Interesses em comum constitui um primeiro elemento. É dizer, não basta se criarem grupos de interesses para que tal seja caracterizado como movimento social. Há que se ter uma identidade comum, um compartilhamento de ideias ou situações sociais que indicam objetivos – que não são estáticos, são dinâmicos, eis a necessidade de tradução em demandas que, igualmente, surgem de modo contínuo - para a ação social (GOHN, 2000).

Ao compartilhamento de situação social que os une, soma-se um segundo elemento: dinamicidade da mobilização. Movimentos sociais estão sempre em zona pendular entre o novo e o velho e atuam como forma de não apenas exigirem demandas aos poderes públicos. Ao mesmo tempo, agem para mudanças nas opiniões das pessoas sobre os valores sociais.

A terceira e quarta diferenças dizem respeito à esfera de realização da ação coletiva e da forma que ela toma. Esta última indica que nem sempre as formas de ação social podem ser estabelecidas como movimentos sociais, como, por exemplo, lutas armadas, protestos – pacíficos ou não. Estes constituem modo de estruturação de uma determinada ação coletiva, mas se não apresentarem os outros elementos não constituem movimentos sociais (GOHN, 2000).

O quarto elemento – esfera de realização da ação coletiva – se refere que o espaço de mobilização social não é institucionalizado. Assim, nada obstante os movimentos sociais buscarem influenciar partidos políticos ou apresentarem demandas contra instituições estatais, tendem a tomar lugar fora de partidos políticos.

Os espaços coletivos situam-se em esferas não governamentais e, conforme Maria da Glória Gohn (2000, pp. 12-13), isso possibilita dar visibilidade e autonomia às ações, de modo que “movimento social refere-se à ação dos homens na história. Esta ação envolve um fazer – por meio de um conjunto de práticas sociais – e um pensar – por meio de um conjunto de idéias que motiva ou dá fundamento à ação. Trata-se de uma *práxis*, portanto”.

Os movimentos sociais, então, ganham sua principal dimensão dentro da processualidade, da continuidade das ações sociais. Sendo assim, a partir das características de opinião pública e movimentos sociais, vê-se que a interpretação da Constituição como construção tem, também, fundamento nos movimentos sociais. Destarte, assim como nas teorias do constitucionalismo popular e protestante, coloca-se a importância nos processos decisórios em espaço não governamental, numa sociedade aberta de intérpretes.

Desse modo, vale se utilizar do conceito de movimentos sociais de Maria da Glória Gohn (2000, p. 13 – grifos no original):

Movimentos sociais são ações coletivas de caráter sociopolítico, construídas por atores sociais pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Eles politizam suas demandas e criam um campo político de força social na sociedade civil. Suas ações estruturam-se a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em situações de conflitos, litígios e disputas. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva ao movimento, a partir de interesses em comum. Esta identidade decorre da força do princípio da solidariedade e é construída a partir da base

A interpretação constitucional está dentro de uma zona pendular. Esse elemento constitui o principal motor para a manutenção da legitimidade do sistema. Possibilita que gerações que não participaram diretamente dos processos de criação da norma constitucional possam se sentir identificados com ela e pertencentes a uma identidade coletiva. De igual modo, a dinamicidade do projeto político implica em rechaço de *status* pré-determinado dos modos de ser.

A tensão entre o velho e o novo sempre vai existir. A interpretação constitucional estará nesse meio instável, que é, ao mesmo tempo, permissível de avanços e durabilidade do projeto. Eles constituem formas legítimas de mudanças constitucionais ou, como no caso em análise, de criação de construções constitucionais que encerram o silêncio acerca da união estável homoafetiva.

Os movimentos sociais, então, qualificam o espaço de deliberação pública e viabilizam mais um caminho para que o povo possa reivindicar a Constituição para aquilo que ele se identifica. Para além disso, fomenta a legitimidade do sistema constitucional ao permitir mais um espaço de reivindicação e expressão da cidadania, o que é essencial aos processos democratização⁸¹.

Para os limites da pesquisa, vê-se que os locais de deliberação pública ganham matizes diferenciados. As práticas institucionais se encontram em meio antes não considerados, mas que funcionam como pressupostos teórico-pragmáticos necessários à superação dos vários estudos sobre a prática constitucional no Brasil, mormente no que tange à questão contramajoritária.

As decisões não são simples atos que fixam uma obrigação ou determinados direitos. Antes, elas funcionam como reforço e fomento da legitimidade democrática das próprias

⁸¹ No âmbito dos Estados Unidos os casos de mobilização são previstos desde a Declaração de Independência. Dai a preocupação de autores como Mark Tushnet (1999) e Jack Balkin (2011a) de conceder força normativa também aos compromissos da Declaração e do Preâmbulo. Para eles, dentro destes textos há a fixação das conquistas e dos compromissos que a comunidade política estava assentada naquele momento e que servem de base para fundamentar processos de mudanças. Enquanto para Tushnet (1999) a Constituição deve ser levada para longe dos tribunais, Jack Balkin (2011a; 2011b) apresenta construções teóricas que equilibram as expressões e defesas entrenchadas entre a vontade do povo e a postura institucional.

instituições. Ao passo que se decide, se concede continuidade ao um projeto passado, de modo que a democratização é um *continuum* pendular que ocorre em um contexto de relações e interações.

Partindo-se disso, vê-se que as questões relacionadas aos movimentos sociais no Brasil – principalmente o homossexual e a constituição daquilo que Eunice Durham (1984, p. 27) chamou de “coletividades” - contribuem não apenas para uma releitura do espaço público, cujos avanços sociais historicamente estavam adstritos ao Poder Executivo, mas para uma necessária releitura do próprio constitucionalismo brasileiro e, pois, na construção de procedimentos decisórios no âmbito das instituições oficiais, no caso, o STF.

Ao se pensar dentro das questões institucionais na Corte Suprema brasileira, a onda de reflexão que os movimentos sociais trazem são importantes para os cursos de ação estatal, bem como para a base de governo ao longo do tempo no qual a Constituição de 1988 está assentada.

Esse mesmo cenário ocorre no âmbito do desenvolvimento dos movimentos sociais. Para Edward MacRae (1990), cujos estudos se voltaram para a chamada “primeira onda do movimento homossexual brasileiro” (FACCHINI, 2005), realizados entre as décadas de 1970 e 1980, a constituição do movimento como ator político perpassou pela necessidade de uma união em razão de carências compartilhadas entre os membros, ou seja, tinha uma base em militância de cunho antiautoritário e comunitarista.

A conclusão de Edward MacRae (1990) ocorre a partir de estudos realizados por Eunice Durham. Assim, a questão da formação de uma comunidade de iguais por meio de carências comuns pode ser compreendido da seguinte forma:

Os movimentos articulam-se (em diferentes níveis e com amplitude diversa) em função de uma ou várias *reivindicações coletivas* que são definidas a partir da percepção de *carências comuns* (que vão desde a ausência de asfalto ao sentimento de um tratamento discriminatório ao nível das relações sociais em seu conjunto). É a *carência* que define a coletividade possível, dentro da qual se constitui a coletividade efetiva dos participantes do movimento. Como as carências podem ser definidas de diferentes modos em diferentes níveis, os movimentos sociais constituem formas muito flexíveis de mobilização, que operam “cortes” muito diversos uns dos outros, definindo *coletividades* de tipo muito diferente (desde “as mulheres”, “os homossexuais” ou “os negros”, até “os freqüentadores de um parque público” ou “os usuários de um serviço”). Parece-me importante ressaltar essa flexibilidade e variedade possível dos movimentos sociais que podem ser, por isso mesmo, mais ágeis e diversificados (e, em outros aspectos, mais limitados) que partidos ou sindicatos (DURHAM, 1984, p. 27 – grifos no original).

A parceria civil homoafetiva é uma luta antiga de indivíduos que há muito batalham pela reflexão e desenvolvimento de novos valores sociais, dando-se espaço para a revelação de individualidades. Conforme afirma Edward MacRae (1990, p. 21), “não existiria a

possibilidade de uma revolução ou transformação social sem que ocorresse também uma revolução ou transformação individual”.

O espaço de lutas por reconhecimento das relações homoafetivas se assemelha ao próprio desenvolvimento da cidadania brasileira e dos processos de democratização. Nesse sentido, os movimentos sociais lutam não apenas por ocupação do espaço público e por consideração nos atos estatais. Antes, há uma premente necessidade de respeito ao espaço de autonomia e independência ética dos indivíduos, no qual se inclui a parceria civil.

Analisando-se o movimento homossexual, nesse tocante da processualidade, vê-se que eles se constituem um modelo diferenciado de ação social, cujos dilemas e as relações de tensões internas e externas que eles suscitam acabam por implementar avanços na luta pela discriminação e, conforme o objeto deste trabalho, a parceria civil.

O processo histórico destes movimentos no Brasil indica início de uma luta que preza pela identificação entre pessoas que partilham de mesma orientação sexual. A construção da identidade sexual ocorre em contexto igualitário, no sentido de uma comunidade de iguais que, a despeito de suas individualidades, se unem em prol da construção de uma identidade coletiva (MACRAE, 1990; FACCHINI, 2005).

A questão da identificação sempre foi uma que gerava tensões e divisões internas aos grupos dentro do movimento LGBT. Ela revelava a situação permanente destes movimentos referente à construção de uma identidade coletiva a partir de um conjunto de outras identidades.

Os constantes fortalecimentos e enfraquecimentos dos movimentos desde a década de 1970 se devem, em grande medida, no tratamento de decisões com repercussões externas que os movimentos deveriam tomar. Em conjunto com a construção de uma identidade sexual e constituição de um espaço de liberdade, há que se dar ênfase na convivência e na questão simbólica da coletividade como um grupo de pressão política (FACCHINI, 2005).

A luta contra a discriminação e equivalência era algo a ser somado à atuação dos movimentos como meio para constituição de uma opinião pública, bem como para apoiar outros movimentos, como, por exemplo, se os bissexuais se incluíam dentro daquela comunidade ou se poderiam se identificar com a identidade (homo)sexual que constituía o grupo internamente.

Observa-se que as tensões entre aspectos internos e externos ou, conforme afirma Regina Facchini (2005, p. 270), as tensões entre “inclusão e exclusão como duas faces do mesmo projeto”, foi o que possibilitou e possibilita o desenvolvimento de identidades sexuais no Brasil.

A primeira onda do movimento indica que diante de constantes tensões acerca das posturas homogêneas ou heterogêneas a serem tomadas geraram um possível declínio do

movimento na década de 1980. Regina Facchini (2005), por sua vez, concebe nesse momento não um declínio do movimento, mas mudança de posturas relacionadas não tão somente a questões comunitaristas que deram ensejo a tantas divisões internas de determinados grupos. O que aconteceu, nesse momento histórico do movimento, foi a atuação na defesa de direitos civis.

Com isso, não houve o declínio, mas a mudança de posturas de atuação passando para um viés mais pragmático, dando ensejo à “segunda onda do movimento”. Isso se tornou uma necessidade precípua, porque naquele momento surgia muitas questões relacionadas à AIDS e uma necessária aproximação com instituições estatais⁸².

Diante disso, nos anos 1990 há uma reinvenção do movimento que não apenas se concentrava em aspectos comunitários ou uma necessária luta política-institucional. Nesse momento de “terceira onda”, a expansão do movimento se dava em frentes internas de lutas por direitos civis e, ao mesmo tempo, buscava uma união dos grupos para constituir bandeiras comuns, seguindo exemplos de outros locais no mundo⁸³.

Considerando a defesa da diversidade sexual, perpassavam nos encontros a ampliação da bandeira do movimento, fazendo-se incluir a defesa dos direitos de Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais, cuja defesa ou inclusão em pautas internas ensejou a divisão de grupos de atuação e segmentação interna deles (MACRAE, 1990; FACCHINI, 2005).

Nesse momento, para além no aumento no crescimento no número de grupos, a tentativa de ter uma bandeira mais homogênea acerca da diversidade sexual faz com que o movimento homossexual comece a dar lugar para o chamado movimento LGBT, seguindo exemplo de posturas internacionais, após discussões em congressos no Brasil (FACCHINI, 2005).

Frise-se que a constituição da sigla do movimento, que é chamado de “sopa de letrinhas” (FACCHINI, 2005), manteve a tensão observada desde os primeiros grupos, consubstanciada nas questões acerca das identidades em tensão. A dificuldade de apreensão das diversidades era observada dentro do próprio movimento social.

⁸² Nesse tocante um grupo que tem importante atuação na continuidade e expansão do movimento homossexual no Brasil é o Grupo Gay da Bahia – GGB que, inclusive, figura como *amicus curiae* na ADI 4277. A atuação dele deu ênfase sobre questões de regulamentação normativa. Sua principal atuação da época foi contra a classificação da homossexualidade no âmbito do extinto INAMPS, bem como na legislação para reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo de nascimento. Ademais, segundo Regina Facchini (2005) a atuação do GGB fez com que houvesse a mudança de local como eixo do movimento do Rio-São Paulo para o Rio – Nordeste. Permitiu ainda a volta do ativismo e aproximação das instituições estatais, de modo que encontros de grupos passaram a contar com o financiamento de programas estatais de combate à DST/AIDS.

⁸³ Aqui, se mostra importante a criação de importante ator social, que, posteriormente, seria admitido na condição de *amicus curiae*, na ADI 4277: a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis – ABGLT que, no momento de sua constituição, em 1995, contou com a filiação de 32 entidades (FACCHINI, 2005).

A inclusão de novas pautas e bandeiras de defesa, bem como a abertura e expansão do movimento para a diversidade sexual e defesa ao direito à diferença constitui atos de inclusão e, ao mesmo tempo, de exclusão, conforme constatou Regina Facchini (2005). A produção de identidades coletivas, portanto, está diretamente relacionada com a existência de desacordos e faltas de consenso. Foi nessa zona pendular que os avanços foram possíveis.

De igual modo, fizeram nascer movimentos contrários à bandeira da diversidade sexual. Posturas interpretativas de outros atores políticos e sociais indicaram que dentro do cenário de mobilização também há o de contramobilizações.

As relações de tensões são permanentes e indicam questões de ordem da experiência que permites o avanço e desenvolvimento não apenas de direitos constitucionais, mas no próprio desenvolvimento de uma cultura constitucional (SIEGEL, 2006), cujo estado de desarmonia é permanente e meio para construção da identidade constitucional (JACOBSON, 2008).

A falta de regulamentação normativa acerca da parceria civil se relaciona mais com a ausência de consensos ou acordos nos processos deliberativos no Congresso Nacional. Isso levou, inclusive na negativa do pedido de casamento de pessoas do mesmo sexo por membros do Poder Judiciário ou mesmo na anulação da união estável⁸⁴.

Para tanto, o Conselho Nacional de Justiça editou Resolução n. 175/2013 que trata acerca da “habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, a partir da decisão exarada na ADI 4277⁸⁵.

⁸⁴ Uma causa que ganhou notoriedade, são as diversas sentenças no âmbito do juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Goiânia que, mesmo após a decisão na ADI 4277, anulou contrato de união estável homoafetiva. Para o titular da Vara, a convivência entre pessoas do mesmo sexo não gera união estável e o STF não teria competência para alterar normas da Constituição de 1988, eis que a norma constitucional determinaria que a família somente poderá ser composta por homem e mulher. A decisão foi derrubada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nesse sentido, confira: BRASIL. Juiz de Goiás anula mais um casamento homossexual no Estado. **Terra**. 2 de jul. 2011. Disponível em: < <https://noticias.terra.com.br/brasil/juiz-de-goias-anula-mais-um-casamento-homossexual-no-estado,9cfa0970847ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

⁸⁵ Frise-se, conforme dispõe a própria resolução, para além na decisão no âmbito da ADI 4277 consta a referência ao julgado do Recurso Especial n. 1.183.378/RS, no Superior Tribunal Justiça, em que restou determinada a inexistência de óbices legais à celebração de casamento de pessoas do mesmo sexo. Ademais, consta na parte normativa: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.” Vale asseverar, ainda que o Congresso Nacional tentou sustar os efeitos da Resolução do CNJ por meio do Projeto de Decreto Legislativo n. 871/2013, mas sem sucesso. Destarte, segundo levantamento do IBGE, no ano de 2013 mais de 3.700 casamentos entre pessoas do mesmo sexo foram realizados, tendo o estado de São Paulo com a maior quantidade de casamentos: 1.945 casamentos, enquanto que o Acre registrou apenas 1. Para tanto, confira: BARBOSA, Daniela. Quase metade dos brasileiros é contra casamento gay. **Portal Exame**. 11 mai. 2015. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/brasil/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays/>>. Acesso em 25 set. 2016.

De modo mais recente, há o Projeto de Lei n. 6583/13, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR-PE), em trâmite na Câmara dos Deputados, o chamado “Estatuto da Família”. Em 2015, já em trâmite na comissão especialmente criada para análise do referido projeto, se reconheceu família apenas a entidade familiar formada por homem e mulher.

Assim, a exemplo da Constituição como “nossa lei”, o desenvolvimento do movimento LGBT no Brasil está dentro de uma constante relação pendular, em situação de imperfeição. No entanto, é nesse ponto – que muitas vezes é um espaço vazio – que o encaminhamento de formas de vida impedidas de serem reveladas pelo discurso da maioria conseguem ganhar espaço e retroalimentar o próprio sistema constitucional.

Nesse sentido, a partir do movimento LGBT no Brasil e as reações de outras instituições, percebe-se que o espaço onde a prestação jurisdicional de âmbito constitucional é realizada ocorre na presença de importantes atores sociais.

O contexto decisório é importante e a presença de entidades da sociedade civil – muitos dos quais protagonistas do movimento LGBT no Brasil – dentro do processamento e julgamento da ADI 4277 indicam a necessária permeabilidade dos juízes às mudanças nos valores sociais, de modo que sua atuação longe de ser isolada, livre e independente, passa a ser passível – ou mesmo necessária – de influências como meio para preencher esse espaço vazio entre a obra passada e as mudanças sociais⁸⁶.

2.2 Lacuna e autoconsciência institucional no reconhecimento da união estável homoafetiva

Afirmando a importância da interpretação constitucional realizada por movimentos sociais, Jack Balkin (2011b), estabelece que ela também se refere a um conjunto complexo de interações que envolve as pessoas de um lado e, de outro, as instituições ou outras pessoas a quem se procura convencer ou persuadir.

Ao se incluir a atuação de instituições judiciais dentro dos processos públicos – e populares – acerca da interpretação da Constituição, a tensão acerca da legitimidade das

⁸⁶ Na data do julgamento, segundo Censo Demográfico do IBGE de 2010, existiam no Brasil mais de 60 mil casais homossexuais, localizados em sua maioria nas regiões Sudeste e Nordeste. Esse dado perpassou os votos. Ademais, vale asseverar, nesse tocante, que o reconhecimento do cenário de mudança veio presente em todos os votos. Nenhum deles excluiu que a sociedade vive momento de revelação de identidades outras. Confira: LAURIANO, Carolina. Duarte, Nathália. Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais. **G1**. Rio de Janeiro. São Paulo. 29 abr. 2011. Disponível em: < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html> >. Acesso em 20 set. 2016.

mudanças ganha também aspectos sobre como as instituições devem considerar o óbice insuperável acerca da existência e atuação dos movimentos sociais.

A atuação dos movimentos sociais, portanto, combina reivindicações não apenas populares, mas se podem mediar objetivos relacionados à própria prática constitucional. Ainda que as discussões tomem assento em locais específicos, com procedimentos previstos em legislações, a busca por direitos no Poder Judiciário está relacionada com a opinião dos cidadãos.

Segundo Lawrence Baum (2008), os juízes pautam suas ações, dentro e fora do local de trabalho, a partir daquilo que ele chama de “autoapresentação”. Juízes se preocupam com o público no qual ele se reporta e quer ser aceito naquele grupo. É preciso compreender que nos processos decisórios o público ou a audiência para qual é destinada a decisão funciona como meio para se aferir determinado comportamento judicial e as motivações decisórias.

Ademais, é preciso que se reconheça que é dentro de contextos sociais que novas formas de vida surgem como demonstração que padrões normativos são sempre insuficientes para tratar de modo universal. Há, portanto, um diálogo – por vezes não declarado – entre as opiniões dos cidadãos e prática das instituições.

No caso da ADI 4277, consegue-se perceber que para além da questão do reconhecimento da união homoafetiva, subjaz ao discurso decisório essa preocupação de índole institucional que influenciou o encaminhamento de alguns votos. Em todos os votos e nas manifestações dos demais participantes do processo ganhou proeminência a questão da falta de regulamentação constitucional.

As questões institucionais acerca do papel do STF na continuidade do projeto político da Constituição de 1988 foram abordadas a partir do silêncio constitucional, tratado de duas maneiras: i) como uma lacuna normativa e; ii) como vetor interpretativo de avanços em questão dos direitos das relações homoafetivas⁸⁷. Essa última foi tratada nos tópicos anteriores.

No que se refere à primeira, o Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a suscitar essa questão da lacuna normativa – nada obstante ela também ter sido argumentada nas petições iniciais e nas intervenções dos *amici curiae*. As questões institucionais, no entanto, ganharam um maior espaço no voto do Ministro Gilmar Mendes. Posteriormente, ela contou com a adesão do Ministro Cezar Peluso.

O voto dele acabou contemplando parte da argumentação acerca do silêncio e das possibilidades institucionais no processo interpretativo da equiparação da união estável às

⁸⁷ Para a Associação Eduardo Banks, que participou do julgamento na condição de *amicus curiae*, a lacuna normativa implica em silêncio eloquente de expreso rechaço do reconhecimento da união estável homoafetiva.

relações homoafetivas. Não apenas seu voto escrito suscitou e enfrentou os motivos que levaram o Tribunal a reconhecer a união estável homoafetiva, mas a interação pelos debates, quando do seu voto em sessão, trouxeram à baila uma necessária postura autoconsciente do STF.

Como deixou consignado, era preciso que deixasse às claras quais motivos fundamentavam os argumentos no sentido da concessão de equiparação⁸⁸, bem como as preocupações com efeitos pós-decisórios.

Aliadas a essas preocupações, o silêncio normativo para o Ministro Gilmar Mendes ocorre não apenas das consequências da lacuna normativa ou de não haver modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva. Mas que a falta desse modelo pode ensejar consequências sistêmicas não sabidas e com as quais preferiu não decidir.

A preocupação do Ministro é com a legitimidade constitucional do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas que, embora não seja contrário a elas, entende que ao Tribunal deve surgir uma postura de autoconsciência. O silêncio, então, nesse caso, é um silêncio hermenêutico⁸⁹, de forma que deixar as coisas sem decisão foi o meio encontrado para motivar suas decisões.

Desse modo, nada obstante a unanimidade, o resultado final não contou com mesmos fundamentos. Ainda que coincidentes com a parte dispositiva da concessão do pedido pleiteado, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e o então Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, apresentaram questões divergentes⁹⁰ acerca da fundamentação a ser dada à

⁸⁸ Nesse sentido, afirmou, em sessão, o Ministro Gilmar Mendes: “[...] inclusive temos que dizer por que nós estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher [...] o que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos em que nós fizemos a interpretação [...] Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.” (BRASIL, 2011, p. 1.291-1.292)

⁸⁹ O silêncio hermenêutico será tratado aqui como uso construtivo do silêncio a partir das ideias de Cass Sunstein (1996). Para o referido autor, na prática constitucional há que se ter em mente que por vezes determinadas demandas não detêm maturação o suficiente para que uma decisão seja tomada. Em hipóteses assim, há que se deixar as coisas sem decisão, como forma de não apenas reconhecer até onde um decisor pode ir, mas que o silêncio deixado pelos processos interpretativos figura como meio para provocar e fomentar a atuação de outras instituições democráticas como, por exemplo, o Poder Legislativo. O silêncio interpretativo, nestes moldes dialoga com as preocupações do Ministro Gilmar Mendes, ou seja, o não dizer constitucional é lido como deixar as coisas sem decisão ou decidir somente aquilo que naquele exato momento pode ser enfrentado.

⁹⁰ Conforme se verá no capítulo seguinte, questões cujo dissenso social é alto faz com que uma decisão composta por posicionamentos diferentes conceda à instituição uma característica de maior permeabilidade à diferença. Nesse sentido, confira: GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: Chicago University Press, 2015.

equiparação. Eles reconheciam a equiparação, mas deixavam de se pronunciar sobre questões futuras, as quais, para eles, mereciam uma maior participação do Poder Legislativo⁹¹.

A preocupação dos três ministros pode ser resumida em questionamentos nos seguintes pontos, e que são decorrência do silêncio normativo: i) a interpretação que se pede recai sobre norma que repete texto da Constituição; ii) o silêncio normativo importa em lacuna que deve ser resolvida por analogia e; iii) há que se pensar em efeitos posteriores à decisão que no momento decisório não seria possível imaginar⁹².

Essas três questões ganharam conotações interpretativas diferentes, mas demonstram que as limitações aos processos decisórios advêm também de aspectos institucionais e não tão somente interpretativos⁹³. É dizer, a prática constitucional brasileira está assentada em contexto de interações institucionais, ainda que para não se decidir sobre determinadas questões.

Assim, a questão institucional veio à tona no âmbito da ADI 4277, porém, não como possibilidades de construções constitucionais, mas de autoconsciência do STF acerca da capacidade empírica em avançar determinadas questões.

Em que pese esse reconhecimento, principalmente, no voto do Ministro Gilmar Mendes, o que ficou obscurecido pela questão argumentativa era sobre a necessidade de repensar o controle judicial de constitucionalidade para reconhecer que ele ocorre em meio político e influenciado por processos interacionais que motivam – e, pois, limitam - os juízes em suas posturas⁹⁴.

⁹¹ De efeito, restou assim consignado em acórdão: “5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotações de que os Ministro Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.”

⁹² De uma forma ou outra, estes questionamentos perpassaram as argumentações dos participantes do processo, bem como dos demais Ministros. São questões que trazem à baila reflexões sobre a legitimidade da jurisdição exercida pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o seu papel na conformação das normas constitucionais.

⁹³ Segundo Jack Balkin (2011b), a interpretação, por carregar uma abordagem atual sobre atos do passado, não figura como meio adequado para se limitar o decisor, mormente quando este recai sobre a figura de um juiz. Para o autor, a legitimidade no Estado Democrático de Direito precisa em algum momento perpassar por questões de controle dos juízes, no entanto, não será por meio da interpretação, mas sim por meio das instituições.

⁹⁴ Há que se assentar, nesse tocante, a importância da Ciência Política para o estudo das instituições. Conforme afirma Cornell Clayton (1999), o Realismo jurídico americano tem grande importância na mudança de abordagem com as instituições, de modo a compreendê-las menos idealisticamente. Como as instituições funcionam e a que tipo de interesses elas servem ganham primazia no estudo. Assim, um primeiro passo para a contextualização dos estudos é afastar o interesse dele unicamente no estado, ampliando para relações com contextos políticos que dão sentido a determinadas posturas. Restou afastada a concepção eminentemente formalista ou de aplicação mecânica do direito pelos juízes, sendo o direito compreendido à luz de estruturas políticas, econômicas e sociais, resultando na perda de autonomia disciplinar, de forma que o direito público passa a ser compreendido como uma subárea da Ciência Política.

Para os limites deste trabalho, a atividade judicial é necessária, sendo exercida como meio de promover a legitimidade do sistema constitucional. Assim, compreender a construção de processos decisórios e de limitações a esta atividade se apresenta como forma de aferir como o sistema pode ser mais legítimo, conforme afirma Jack Balkin (2011b). No entanto, a preocupação do Ministro Gilmar Mendes era até onde a interpretação constitucional pode ir ou qual a melhor maneira de decidir sobre determinada questão. Como decidir era a preocupação principal.

Se foi uma postura estratégica do Ministro, não há motivos nos votos que possam confirmar para além do fato de que tratar acerca da relação homoafetiva é sempre uma questão tormentosa, nada obstante os direitos e deveres que poderão surgir a partir da constituição desta entidade familiar.

Deixar as coisas abertas e incertas para serem maturadas por meio do regular desenvolvimento do processo democrático, por vezes, é mais interessante diante dos aspectos pragmáticos e do fomento ao processo democrático como um todo (SUNSTEIN, 1996).

A postura interpretativa do Ministro, assim, trouxe à baila que as questões de conteúdo ou de reconhecimento de direitos pelo Poder Judiciário precisam interagir com as capacidades institucionais do STF e dos próprios membros dele. A teoria das capacidades institucionais analisa o papel do Poder Judiciário a partir de um dever de autoconsciência do juízo de que determinada questão não está pronta para ser decidida num ou noutro sentido; quando falta maturação (*ripeness*) no caso que está em julgamento.

Segundo Cass Sunstein (1996), quando se está diante de tensões de direitos de alta complexidade, como as questões morais, o dissenso ocorrido na sociedade sobre elas pode exigir que a Corte atue de modo minimalista, a fim de evitar que uma decisão incorreta seja dada ou que a decisão não seja eficiente e crie problemas futuros. A validade da união estável homoafetiva era inequívoca, mas era preciso que a decisão do STF fosse efetivada.

É preciso que se saiba aquilo que pode ser julgado. Ser sensível com as questões e, sempre que se mostrar necessário, decidir de modo raso (*shallow*) e especificado (*narrow*). O juiz minimalista decide somente o caso que está em pauta e em julgamento naquele momento, não apenas para se evitarem erros, mas por uma necessidade prática ou porque ele não tem capacidade para enfrentar aquela questão, porquanto incompletamente discutida, teorizada ou maturada (SUNSTEIN, 1996).

Conforme o Ministro Gilmar Mendes, o silêncio implicou na falta de um modelo institucional mínimo para o tratamento e reconhecimento das relações homoafetivas, de modo

que há que atuar segundo o “pensamento do possível”⁹⁵, no sentido de reconhecimento da existência da união sem a pronúncia de outros desdobramentos.

Vê-se, então, que a interpretação em si não apresenta limites, mas pode dar ensejo a questões institucionais que, essas sim, constituem limites aos processos decisórios. Em termos de postura institucional, vê-se uma atuação minimalista em cujo silêncio atua como forma para fomento dos processos democráticos.

Essa postura consciente das limitações do tribunal em relação à tensão jurídica enfrentada é chamada de “uso construtivo do silêncio” em que juízes, por questões pragmáticas ou para o fim de fomento e fortificação da democracia, deixam as coisas sem decisão, abertas, indecisas, para que os fóruns políticos discutam o problema, porque muito do não dito é eloquente o bastante como se dito (SUNSTEIN, 1996).

Juízes dispõem de tempo escasso para a resolução de um caso. A esse mesmo caso faltam informações suficientes para a resolução de todas as questões que ele traz consigo. A capacidade institucional atua para que se evite os “efeitos dinâmicos” causados por uma decisão judicial, que atingem não apenas os demais ramos de poder, mas o próprio órgão prolator da decisão (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Uma decisão rasa e objetiva é adequada diante do caso concreto, para se evitarem extensões inadequadas a casos pretensamente semelhantes, uma vez que as razões que justificam uma decisão são, quase sempre, abstrações ou analogias, de modo que algumas delas (razões) irão se estender para além daquele caso (SUNSTEIN, 1996).

O voto do Ministro Gilmar Mendes, então, jogou luz sobre a interpretação em seu viés institucional. O enfoque na questão material também teve seu espaço, mas dentro das limitações e preocupações externadas pelo decisor, tanto do ponto de vista da decisão em si, como dos seus possíveis efeitos sistêmicos. Conforme consignado no voto, várias instituições estão em interação constante e tal fato precisa ser internalizado nas motivações dos argumentos decisórios⁹⁶.

⁹⁵ Consta no voto do Ministro que a “teoria do pensamento do possível” deve ser pensada sempre que não pudesse aplicar a norma tal como ela está posta. Dever-se-ia aplicar ela de modo analógico naquilo que fosse possível. Ela atua como forma de atualizar a interpretação constituição dentro das conjunturas atuais que, em tempo de defesa da abertura dos processos interpretativos, atuaria como limites a ela. Trata-se, pois, de um pensamento pluralista de alternativas que indaga sobre o que já é real e sobre o que pode ser real no futuro. Partindo-se disso, entendeu o Ministro Gilmar Mendes a aplicação do dispositivo que trata da união estável heteroafetiva naquilo que for cabível, dentro do pensamento do possível. Nesse sentido, entende que nada além disso pode ser dito sob pena de adentrar em imaginário e criar mais lacunas, mais diversidades, de modo que a decisão deveria figurar como imperativo de regulação da união homoafetiva pelo Poder Legislativo. (BRASIL, 2011, pp. 1.351-1.358).

⁹⁶ O Ministro argumenta que não se trata de falta de regulamentação normativa, no sentido de inexistência de criação de leis ou de emendas à Constituição. A dificuldade do caso gira em torno da dificuldade de consenso legislativo em relação à matéria. Nada obstante, a partir das folhas 1.329, o magistrado faz constar as diversas

Essas preocupações a todo tempo ganham espaço na argumentação realizada pelo Ministro. Assenta as posturas de várias instituições políticas que tentaram e conseguiram apresentar avanços no sentido de apresentar um modelo institucional mínimo de tratamento dos direitos e deveres advindos das relações homoafetivas, mas que, deficitárias, acabavam desaguando a discussão no âmbito do Poder Judiciário.

Segundo o magistrado, “[...] O caráter recente e a precariedade jurídica da maioria dessas ocorrências (característica própria dos atos infralegais decorrentes do exercício do poder regulamentar da Administração), por vezes, conduz as controvérsias administrativas para as vias judiciais” (BRASIL, 2011, p. 1.345).

Assim, para além de questões relacionadas com os efeitos sistêmicos da decisão é preciso, como consignou o Ministro Cezar Peluso, que a decisão chame o Poder Legislativo para que ele também se exponha a se manifestar sobre esse silêncio. A eloquência do silêncio é no sentido de inclusão dessas relações dentro do dever de proteção do Estado e não o contrário⁹⁷.

A preocupação com os efeitos da lacuna para o deferimento do pedido permeou o voto do Ministro Ricardo Lewandowski de modo um pouco diferente, com referência aos processos de elaboração da Constituição de 1988. Ele se manifestou sobre a lacuna aduzindo que o silêncio indica que as relações homoafetivas não são proibidas pelo ordenamento jurídico, eis que a expressão “homem e mulher” não induzem proibição de relações homoafetivas.

No entanto, considerando terem sido discutidas na Assembleia Nacional Constituinte a inclusão de casais homoafetivos, mas negadas, entendeu ele que o Tribunal deveria se valer

tentativas de regulamentação da matéria ou regulamentações insuficientes a partir de algumas tentativas pelo Poder executivo no intuito de fundamentar o que para ele seria “diálogo institucional”. Embora não seja objeto desta pesquisa e que não há espaço para uma análise adequada e aplicada ao contexto brasileiro de tal concepção de desempenho institucional, vale asseverar a inexistência de um modelo de diálogo institucional no caso ADI 4277, ainda que o Ministro Gilmar Mendes se esforce para isso, o que há, na verdade é uma interação institucional ocasionadas por omissão ou regulamentação insuficiente o que, não necessariamente implica em diálogo, mas em posturas provocativas entre instituições que, aparentemente, no modelo brasileiro, estão fechadas ao diálogo propriamente dito, em que pontes de conversações são criadas para movimentar círculos ou rodadas de diálogo. Para tanto, confira: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹⁷ Nesse ponto, vê-se uma aproximação de desempenho institucional bem diferente da argumentação do Ministro Celso de Mello no que se refere “à atribuição constitucional do Supremo Tribunal Federal de detentor do monopólio da última palavra”. Seguindo-se as características de atuação dos tribunais constitucionais, tal postura se assemelha a um “modelo de equilíbrio” da prestação jurisdicional, de modo que, nesse caso, o tribunal atuaria como interlocutor institucional. Nesse sentido, confira: MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. BATEUP, Christine. **The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. Public Law & Legal Theory Research paper series. Working paper n. 05-24. New York University School of Law, nov. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em 15 out. 2015.

de instrumentos integrativos, como forma para colmatar essa lacuna, para que não houvesse a substituição da vontade do constituinte.

Para ele, há uma “união homoafetiva estável” e não uma “união estável homoafetiva”, porque a literalidade constitucional não prevê esta última relação. Mais adequado, então, buscar uma regência normativa a partir de técnica analógica para tratar a realidade social superveniente à elaboração da Constituição, ainda que de forma provisória, até que o Poder Legislativo se pronunciasse sobre a questão.

Ainda no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, ele apresenta uma identificação direta com texto promulgado em 1988, inclusive fazendo uso de partes de deliberação da Assembleia Nacional Constituinte. Assim, a postura institucional é no sentido de trazer para a discussão a existência de um sentido pretendido naquele momento. A mesma postura também é realizada pelo Ministro Cezar Peluso. O silêncio normativo, em que pese inclusivo, é, no entanto, relacionado a lacuna, tem um sentido negativo.

Sendo assim, na *performance* do Tribunal, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, fixaram limites à sua própria atuação diante da falta de capacidade humana para prever quais os efeitos sistêmicos. Estes limites foram indicados por uma lacuna normativa ou por expressão de uma vontade passada que ainda vincula, eis que não alterada por emenda constitucional.

Em suma, estas propostas de encaminhamento de motivações decisórias para a ADI 4277 tratavam do silêncio como lacuna, porque há uma clara identificação com o texto da Constituição de 1988. Texto impugnado e interpretado têm a mesma redação, exigindo-se autoconsciência do julgador de que, no que pese a importância e o avanço ofertado pelo julgado, o Tribunal haveria de ser capaz de promover esse avanço de forma adequada. Não adiantaria conceder direito a uma minoria se o Estado e o próprio STF não teria condições de efetivar a decisão.

Vê-se, então, uma inversão argumentativa acerca do objeto da ADI 4277. Essas posturas institucionais apresentadas apresentam motivações relacionadas às capacidades institucionais⁹⁸ para o reconhecimento da união estável homoafetiva. Esta teoria oferece “uma *abordagem institucional* da interpretação jurídica. A proposta é uma inversão na questão interpretativa de um enfoque material para um enfoque institucional” (FERNANDES, 2016, p.

⁹⁸ A teoria das capacidades institucionais ganha sua expressão no movimento antiteórico do Direito, capitaneado, principalmente, por Richard Posner, quando das críticas oferecidas à leitura moral do direito realizada por Ronald Dworkin. Para mais, confira: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

208 – grifos no original). Ela, nesses moldes, exige uma análise da capacidade empírica das instituições e uma abordagem consequencialista acerca dos efeitos dessas interpretações.

Portanto, em que pese manejar a maior parte dos fundamentos para a questão da textualidade constitucional, a decisão na ADI 4277 abriu as portas de uma autoconsciência da do STF para seus limites e possibilidades, ainda que dentro de instituições estatais.

As argumentações aclaradas nos fundamentos dos votos suscitam questões sobre o papel do STF no fomento ou na promoção da legitimidade do sistema constitucional. A identificação argumentativa, quando manejada para questões institucionais, nos indica uma séria e importante tensão. A questão conteudística da ação não pode ser lida sem se adentrar e (re)construir questões institucionais.

É, assim como afirma Howard Gillman (1999), ainda que possa pensar quais os motivos que levaram determinado membro de uma instituição a decidir daquela forma, a possibilidade daquela postura precisa levar em consideração aspectos institucionais nos quais ela está fundada ou construída.

Essa foi a principal preocupação do Ministro Gilmar Mendes, mormente a partir dos diálogos com os demais Ministros. Talvez em nenhum outro voto se viu uma maior preocupação com questões de legitimidade – e possibilidade - institucional da interpretação veiculada pela decisão da questão sobre a equiparação da relação homoafetiva à heteroafetiva.

A textualidade, ou melhor, o silêncio normativo acerca dos direitos advindos das relações homoafetivas, ganha outras importantes conotações. A ausência de previsão expressa de tal entidade familiar problematiza não apenas mudanças ocorridas na sociedade, mas como elas encontram consentimento legítimo pelo sistema constitucional.

Esse reconhecimento de que outras posturas institucionais são importantes e influenciam os processos de tomada de decisão no âmbito do STF são a fixação da necessária superação de posturas normativas que colocam o magistrado na condição de isolamento.

Aliado à constante maturação e desenvolvimento contínuo das lutas por reconhecimento, por meio da opinião pública e movimentos sociais, uma ligação entre instituições e a vontade popular, antes impossível, hoje, é necessária. Longe de consistir em quebra de uma suposta independência, a internalização das influências constitui, na verdade caminhos para construção de procedimentos decisórios no âmbito do STF e abordagem mais realista da prática constitucional.

Ao se tratar do contexto de relações institucionais em que a prática constitucional ocorre e permite se desenvolver de modo legítimo, tem-se que as construções constitucionais

no contexto da união estável homoafetiva consiste na força de estruturas de apoio estatais e não estatais⁹⁹ (EPP, 2013).

Não só os membros de uma instituição são importantes para a sua formação e constituição. A soma das práticas internas com a interação delas com outras – estatais ou não – é que conforma e indica o desempenho real delas. A autoconsciência disso é um passo importante para a compreensão apenas *do quê* se julga, mas *para quem* que, conseqüentemente influencia nos procedimentos decisórios.

2.3 Entre decisões e instituições: o novo institucionalismo e as implicações para a prática constitucional dos juízes e tribunais

A Constituição ao fixar as estruturas fundamentais não necessariamente exige que o ato interpretativo seja realizado como forma de indicar o significado esperado das normas constitucionais. Ao revés, as futuras gerações precisam ser fiéis ao texto constitucional tão somente porque isso representa fidelidade à estrutura básica da comunidade política que precisa ser continuada – e por que não – melhorada ao longo do tempo, mediado ou não por instituições¹⁰⁰ (BALKIN, 2011b).

O contexto decisório é bem importante e ADI 4277 contribui para as reflexões acerca das influências que o STF está sujeito no âmbito dos processos decisórios. Por meio dela, se está fixando o conteúdo de determinada norma da constituição a partir de um conjunto de expectativas previamente estabelecidas, porém, relacionadas com condições da vida social e política atuais.

⁹⁹ No contexto brasileiro, algumas estruturas de apoio podem se tornar grupos de pressão que cooptam legitimados para a defesa de interesse privados, corporativos, o que pode resultar no desvirtuamento da revisão judicial quando esta é realizada por meio da modalidade concentrada de constitucionalidade (COSTA, BENVINDO, 2014).

¹⁰⁰ Assim, não necessariamente os avanços só são possíveis por causa do papel de juízes e tribunais dentro desse processo político de vigência da Constituição. Apesar de parte do reconhecimento dos direitos das relações homoafetivas tenha sido implementado a partir de decisão judicial, é preciso que deixe claro que não se trata de um trabalho de uma instituição apenas – no caso o STF -, existem várias instituições que atuam e interagem entre si. Elas contribuem para avanços em direitos e para limitar uma às outras. Nesse sentido, afirma Jack Balkin (2011b, p. 22 – tradução livre): “Os órgãos políticos e o judiciário trabalham juntos para construir a Constituição ao longo do tempo. A autoridade para o engajamento em construções constitucionais vem da capacidade de resposta conjunta deles com a opinião pública durante longos períodos de tempo, enquanto operando dentro da estrutura básica [da Constituição]. Ao fazê-lo, eles inevitavelmente refletem e respondem às mudanças nas demandas e nos costumes sociais”. No original: “The political branches and the judiciary work together to build out the Constitution over time. Their authority to engage in constitutional construction comes from their joint responsiveness to public opinion over long stretches of time while operating within the basic framework. In doing so, they inevitably reflect and respond to changing social demands and changing social mores”.

A compreensão do cenário ou do local em que o pedido de reconhecimento da união estável homoafetiva ganhou maior repercussão precisa ser dentro de determinado contexto político de relações e tensões, e não apenas acerca de práticas do tribunal ou de disposições normativas silentes.

Se a competência do STF fora fixada, confiando-se nele o poder de decidir, é porque os participantes do processo aceitam o tribunal como legítimo para dar essa resposta – ainda que de modo estratégico. Ademais, para além de questões de direitos não reconhecidos, essa não inclusão orbita, também, por questões não apenas normativas, mas por práticas que saem da esfera de controle e atuação do tribunal que, todavia, se relacionam numa rede de interações e de práticas.

As discussões acerca dos processos interpretativos estão assentadas sobre terreno político em sua acepção ampla, que compreende não apenas os processos públicos de tomada de decisão das instituições oficiais. A aplicação da norma constitucional deve ser compreendida a partir de estruturas políticas, econômicas e sociais; do direito e política como concepções inter-relacionadas que perpassam todos os processos decisórios.

Decisões judiciais e valores políticos estão intimamente conectado e consistem em importantes relações para análises sobre a legitimidade decisória. O direito é concebido de modo apenas relativamente autônomo de estruturas políticas e sociais mais amplas¹⁰¹, possibilitados, mediados ou catalisados por meio de instituições (CLAYTON, 1999; FRIEDMAN, 2003).

Assim, em que pese as instituições serem compostas por pessoas sujeitas a influências, é preciso adicionar o caráter e o peso institucional nas suas atividades. Indivíduos associados a uma instituição geralmente acreditam que sua posição impõe uma obrigação de agir de acordo com um conjunto de expectativas e responsabilidades. Em outras palavras, uma instituição não só possibilita a ação de acordo com um conjunto de crenças, mas também é fonte de propósitos políticos, objetivos e preferências¹⁰² (CLAYTON, 1999; GILLMAN, 1999).

¹⁰¹ Nesse tocante, pensar sobre o comportamento judicial é algo importante, conforme afirma Lawrence Baum (2008). Consiste em passo importante para superação dos modelos que defendem que juízes são isolados e insuscetíveis de influências e descrevem as instituições de formas idealizadas. Esse reconhecimento faz parte dos estudos do “velho institucionalismo”, cujas influências ao processo decisório também foram reconhecidas pelas escolas behavioristas, no sentido de que o litígio particular perante o tribunal era apenas um estágio de uma luta entre forças políticas rivais. Desse modo, o direito e a própria lei criada atuam no sentido de construir valores políticos. Eles são influenciados por forças políticas em sua criação, de forma que a interpretação jurídica também se sujeita a essas influências. Em certa medida, todo comportamento político é explicado através de valores ou crenças pessoais. Mas esse comportamento é influenciado - ou mesmo possibilitado - pela instituição. (CLAYTON, 1999).

¹⁰² Nada obstante haver referência ao papel do STF no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, o voto que veiculou isso com maior profundidade foi o Ministro Celso de Mello, ao analisar questão sobre a supremacia

Ao se apresentar uma visão mais realista e menos idealística das instituições – principalmente dos Tribunais Supremos – ver-se-á que a prática constitucional do STF irá se despir de análises que não entendam que as normas constitucionais são moldadas a partir de uma gama de interações. É preciso se que reconheça, dentro do contexto decisório questões para além de aplicação do direito pré-existente. Em outras palavras, pode-se resumir a postura dos Ministros dentro do “modelo legal” ou “modelo normativo” de comportamento judicial (BAUM, 2008, p. 5)¹⁰³.

Em uma concepção mais realista, todavia, adota-se um modelo descritivo – ou *positive theory*. Ele parte do pressuposto de que o contexto da revisão judicial é permeado por tensões políticas tal qual o espaço deliberativo de um Parlamento (FRIEDMAN, 2005).

Destarte, uma teoria da interpretação judicial adequada deve integrar aos processos decisórios não apenas a fixação de um sentido para a Constituição, mas, ao mesmo tempo, promover os compromissos que servem de base para a formação da própria comunidade política: deve ser uma interpretação-como-construção constitucional¹⁰⁴.

Nesse sentido, afirma Jack Balkin (2011b, p. 331 – tradução livre)¹⁰⁵ que a aplicação de normas ou práticas já pré-estabelecidas “influencia a opinião pública, o trabalho dos envolvidos em processo judicial e movimentos sociais, e a posição de políticos e partidos políticos”, ou seja, cria e reforça a necessidade de reconhecimento do papel de juízes e tribunais dentro de um contexto de relações institucionais.

A partir do momento em que exaradas, o público poderá ter conhecimento e criticar elas ou, de modo contrário, se valer delas para reforçar interpretações que lhe são próprias. Ademais, outras instituições podem sentir-se não identificadas com o encaminhamento constitucional e passar a promover outras interpretações com o intuito de persuadir o tomador de decisão de que aquela decisão precisa ser alterada – o contramovimento. A constituição na prática exige constantes processos de retroalimentação para a manutenção da legitimidade.

do Poder Judiciário. Segundo consta no voto, diante de expressa delegação da Constituição ao STF, os juízes e membros de tribunais estariam na condição de árbitros de conflitos políticos e sociais.

¹⁰³ Aqui, vem mais uma vez à tona a questão acerca da dificuldade de cisão rígida entre direito e política, eis que mesmo dentro desse modelo, os juízes escolhem resultados alternativos dentro de práticas e doutrinas que sejam adequadas àquilo que eles entendem por aplicar o direito tão bem quanto possível (BAUM, 2008).

¹⁰⁴ Dentro da concepção de interpretação-como-construção, percebe-se uma clara relação com a abordagem neoinstitucionalista de prática constitucional, conforme adotada neste trabalho. A partir disso, em que pese uma análise mais descritiva da prática seja importante, ela não pode prescindir da aplicação de normas pré-estabelecidas, advindos de uma concepção normativa de prática constitucional. Conforme afirma Jack Balkin (2011b), por meio de práticas ou posturas institucionais é que as mudanças são possíveis. Assim, os argumentos normativos – de aplicar o direito da melhor forma possível – são internos aos processos de mudança constitucional.

¹⁰⁵ No original: “[...] influence public opinion, the work of litigators and social movements, and the positions of politicians and political parties”.

As concepções realistas das instituições se situam, assim como a interpretação-como-construção, em ponto intermediário. Para além de posturas dos seus membros, há que se cotejar essas posturas com uma gama de outras relações institucionais. Assim, as possibilidades de uma instituição não são tão somente a partir dos valores as quais elas devem proteger ou guardar, mas o que motiva determinada postura dentro desse contexto interacional¹⁰⁶.

O Ministro Gilmar Mendes, quando afirma o dever do STF de saber até onde pode decidir, joga luz sobre questões institucionais que são essenciais à construção de procedimentos decisórios e, ainda que de modo tímido, assenta a necessidade de aportes interpretativos que sejam conscientes das capacidades institucionais. No entanto, não assenta que a prática constitucional do STF ocorre em meio de relações e tensões que precisam ser internalizadas aos processos decisórios como guia e legitimidade para as práticas do Tribunal¹⁰⁷.

Portanto, ao lado da necessidade de que o Estado realize curso de ação, as suas instituições precisam compreender o cenário no qual estão inseridos. Com isso, quer-se afirmar que elas e os seus membros agem num só corpo e dentro de uma gama de outras relações.

Para a perspectiva adotada neste trabalho, em cotejo com o contexto político brasileiro, abandona-se a perspectiva do controle judicial de constitucionalidade dentro de um cenário não interacional ou que desconheça o contexto político de fundo como influência às posturas.

Ao revés, exige-se sensibilidade das instituições tomadoras de decisão – principalmente as de natureza judicial – quanto às influências derivadas das construções constitucionais que, conforme afirma Jack Balkin (2011b) são realizadas por instituições políticas e por movimentos sociais.

O direito constitucional é produto de inevitáveis compromissos e, também, um produto de várias influências (FRIEDMAN, 2005). O reconhecimento e anexação a esses compromissos

¹⁰⁶ Segundo Cornell Clayton (1999), a necessidade de uma abordagem normativa e constitutiva está relacionada com o que a Ciência Política chama de “neoinstitucionalismo” (*new institutionalism*). Para ele, muito embora seja importante as considerações de índole comportamental – no qual o modelo legal/normativo está inserido –, a fixação das instituições como meio para a afirmação e promoção dos interesses – políticos - dos seus membros deve ser superada a partir do enfoque na importância das relações institucionais. Assim, para o neoinstitucionalismo as instituições são constituídas não apenas pelas práticas promovidas por aqueles que à compõem, mas que essas práticas só conseguem ser estabelecidas porque os seus membros atuam compreendendo que estão inseridos dentro de um contexto de práticas internas e externas e que merecem ser consideradas para serem possíveis determinadas posturas. Para mais, confira: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Coord.). **Supreme Court Decision-making: New Institutional approaches**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1999.

¹⁰⁷ Esse é, também, o entendimento de Robert Post e Reva Siegel (2007) em análise sobre as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos quando tomadas sobre questões sociais que não são consensuais e que podem ensejar uma reação da população, um *backlash*. Para eles, é preciso que se reconheça o papel das Cortes numa posição que recebe influências do povo como forma de guiar e legitimar o controle judicial de constitucionalidade. Em outras palavras a legitimidade democrática das instituições somente são adquiridas se alicerçadas em valores e ideais populares.

– explicitados pelo tecido normativo – é meio para o fomento da legitimidade de determinadas posturas institucionais na revisão judicial.

Juízes e tribunais, ou os parlamentos, são instituições formadas por pessoas e, portanto, são sujeitos a influências, como qualquer pessoa é. Ao se ter em mente, então, tal elemento, a constituição na prática ganha outros contornos, de modo a exigir uma amplitude maior de discussão para compreensão das problemáticas advindas da prática constitucional. Desse modo, a composição das instituições as colocam em situação de suscetibilidade a influências.

Ainda que os membros afirmem por diversas vezes que são independentes, autônomos e, pois, livres de qualquer influência, a constituição na prática indica um outro cenário. Para Barry Friedman (2009), o estabelecimento do significado da Constituição não está fixado em polos opostos, expressadas na tensão entre a regra da maioria e das minorias, cuja representação restaria, respectivamente, sob a responsabilidade do Poder Legislativo e do Judiciário.

Considerando que os processos sobre os cursos de ação estatal estão inseridos dentro de um cenário político, incluindo-se o controle judicial de constitucionalidade, a conformação das normas constitucionais estaria sujeita a barganhas políticas, conflitos e concordâncias entre minorias. O contexto de construções constitucionais exige uma abertura para considerações intermediária sobre a o papel das instituições na continuidade do projeto constitucional.

Dai, portanto, a importância dos estudos sobre o papel da opinião pública e dos movimentos sociais nos processos de conformação das normas constitucionais na prática constitucional. Ela suscita questionamentos de que a legitimidade dos processos decisórios está para além dos juízes e tribunais. A tarefa da interpretação judicial é permitir influxos externos, e, internamente, ser sensível¹⁰⁸ a eles.

A sensibilidade permite ainda a ampliação da prática constitucional, de modo a fomentar atuações ou finalidades diversas de juízes ou tribunais. Alçando-se a discussão no âmbito dos tribunais – principalmente os Supremos ou Constitucionais -, Conrado Hübner Mendes (2013), afirma que as imagens de práticas isoladas ou com uma finalidade específica acabam por reduzir a prática judicial em disfarces e entrincheiramento de argumentos que acabam desvirtuando a real postura dos Tribunais.

¹⁰⁸ A partir de estudo preponderantemente descritivo sobre a história constitucional dos Estados Unidos, Barry Friedman (2009) consignou que a Suprema Corte sempre esteve alinhada à opinião pública. Além disso, nas vezes em que ela se distanciou demais da vontade do povo, atentados contra a competência da Corte foram realizados. O mais significativo adveio a partir da derrubada de políticas progressistas do então Presidente Franklin Roosevelt, o que resultou na apresentação de um plano de medidas para a Suprema Corte que, dentre outras coisas, defendia a redução salarial dos *justices*, bem como a diminuição na competência e aumento do número de membros para que o partido governista pudesse indicar outros juízes com posições políticas mais alinhadas com a do partido presidencial.

Seguindo essa linha, os tribunais precisam ser entendidos como entidades que também realizam deliberação política¹⁰⁹. Com efeito, para além da ideia de decisor, como meio para aprimorar essa atuação, devem ser adicionados aos processos de tomada de decisão procedimentos deliberativos não apenas internos, mas também de modo externo – com respeito à contestação pública ou ao incentivo público em relação a determinada decisão (MENDES, 2013).

A opinião pública, ao veicular uma vontade popular – temporária ou com mais permanência – também indica a observância dos processos decisórios a todo um contexto no qual ele está inserido. Isso influencia o tribunal de modo positivo, eis que fomenta a construção decisória conjunta com diversos atores políticos e não apenas entre elites.

Compreender aquilo que é consistente com a estrutura básica da comunidade política e aquilo que não é consistente – escopo da interpretação – é entender em qual contexto – social, institucional, político, etc. – se encontra. Ademais, também é a partir das influências da opinião pública e dos movimentos sociais que forças ou instituições estão construindo novas construções constitucionais.

Não se está a afirmar uma relação de dependência entre a opinião pública e as decisões dos juízes e tribunais. Afirma-se que o reconhecimento da relação e influência, para além de mitigar o caráter binário que a abordagem da última palavra implica, oferece uma forma de internalização, ainda que indireta, da vontade povo aos processos decisórios¹¹⁰.

Tais características contextuais em muito se assemelham aos problemas suscitados pelo constitucionalismo político, mas, longe de afastar a atuação de juízes e tribunais, elas devem ser internalizadas à decisão judicial ou aos processos políticos do Legislativo e do Executivo.

¹⁰⁹ Conrado Hübner Mendes (2013), então, apresenta uma proposta normativa como forma de melhorar a *performance* de órgãos colegiados judiciais. Tenta apresentar elementos que perpassam vários contextos institucionais, partindo-se de várias imagens atribuídas aos tribunais e como elas influenciam no debate sobre as características e desempenho deles. São: *veto-force*, em que Cortes são instrumentos de compensação e impedimento contra tiranias; *the guardian*, cuja atuação é desprovida de influências políticas e a prática judicial se mostra em expressão de técnicas e de modo não criativo; *the public-reasoner*, na qual a atuação se dá no controle dos atos do poder público em nome da razão pública e dentro de uma cultura de justificação; *the institutional interlocutor*, que atua no sentido de superar a ideia de supremacia judicial e questões acerca da última palavra para apresentar uma noção mais equilibrada da prática judicial dos tribunais trabalham com parceiros dentro em empreendimento dialógico com interações permanentes com outras instituições e; *deliberator*, assentada mais na perspectiva de atuação interna dos tribunais de formação conjunta da decisão. Partindo-se disso, e considerando os pressupostos deste trabalho, compreende-se os Tribunais de maneira aberta e mais equilibrada e cuja atuação ocorre em meio a contexto interacional. Dar-se-á maior atenção às posturas de interlocução e deliberação.

¹¹⁰ Assim, conforme alerta Barry Friedman (2009), o controle judicial de constitucionalidade tem servido como forma de incentivar o povo de pensar sobre a Constituição e interpretá-la diretamente. Tratando-se da Constituição, o povo é o “mais alto tribunal na terra”.

Os tribunais atuam como protetores de direitos sociais o que induz sua aceitação tácita pela comunidade política. A problemática se relaciona com a capacidade do decisor judicial de agir independentemente da vontade da maioria que, muitas vezes vem explicitada em opinião pública¹¹¹ (FRIEDMAN, 2009).

A preocupação central dentro da prática constitucional ganha outras conotações, portanto. A principal delas é que a questão da legitimidade não está na discussão sobre quem tem a última palavra, mas nas consequências das decisões diante daquilo que as motivaram. A legitimidade do sistema constitucional estaria no equilíbrio resultante de um diálogo entre as instituições judiciais e a opinião pública (FRIEDMAN, 2009).

O sistema constitucional estaria dentro de um processo contínuo de desenvolvimento. Para a manutenção da sua legitimidade as atuais gerações precisam ter participação nesse projeto, e a opinião pública se mostra como um instrumento para indicação de postura¹¹² que deverá ser internalizada aos processos decisórios como motivos para ele. Às instituições, principalmente para as de natureza judicial, surge o dever de sensibilidade (BALKIN, 2011a).

Considerando os processos decisórios da ADI 4277, não se tem claramente que ela sofreu influências da opinião pública. No entanto, a incidência dela pode ganhar matizes diferentes, como, por exemplo os movimentos políticos e sociais que a constituem e atuam no sentido de persuadir o povo em direção de posturas que não são, ainda, concepções da maioria¹¹³.

¹¹¹ Conforme visto em tópicos anteriores, a opinião pública consiste na possibilidade que os cidadãos têm de demandarem as instituições públicas e de exigirem consideração com os interesses veiculados nela. Nesse sentido, conforme afirma Francis Wilson (1933), há que se perceber que um julgamento público pode caminhar ao lado da opinião pública, mas com ela não se confunde, porque não realizada por meio de processos deliberativos ou pertencente a uma maioria momentânea. Seria uma opinião preponderante naquele momento, mas cuja falta de discussão indica que ela é uma expressão temporalmente fixada de atitudes mentais e hábitos. Barry Friedman (2009), também abordando a questão sobre concepções de opinião pública, faz uma diferença que em muito se assemelha a essa: opinião do momento e opinião da era. Ambas as formas influenciam os processos decisórios, porém, cuidados sobre a apropriação desse discurso de opinião pelas instituições oficiais precisam ser refletidos, para se evitar apropriação de discursos momentâneos que, diante da falta de maturação das ideias veiculadas podem apresentar sérias consequências para minorias quantitativas.

¹¹² Segundo Barry Friedman (2005, pp. 311-312), o reconhecimento da importância da opinião pública tem importante papel para criação da doutrina da “reação antecipada”, ou seja, que existe nos processos decisórios um atenção e observância da atuação dos outros poderes e da opinião pública, com vistas a conformar a decisão no sentido dela. A reação antecipada seria, ao mesmo tempo, o motivo para decisão e sua limitação. Para Nuno Gaoupa e Tom Ginsburg (2015) a reação antecipada em muito se relaciona com a ideia de “reputação judicial”, em que avaliações passadas de determinado ator político são trazidas ao conhecimento do público e que contribuem para tornar as informações sobre a prática judicial simétrica e permitir, assim, contestações ou reações em relação à instituição ou aos seus magistrados individualmente compreendidos.

¹¹³ Não apenas matizes diferentes que a opinião pública pode ganhar, mas formas diversas de expressão para além das ruas. A dependência da democracia participação e envolvimento dos cidadãos ganha meios para além do voto e da representação política. Nesse sentido, afirma José Murilo de Carvalho (2015, p. 247): “Mas é preciso ficarmos atentos para surgimento de novo instrumento de participação, que pode adquirir grande importância. Refiro-me, naturalmente às redes sociais. O crescimento do número de internautas tem sido vertiginoso. Em 2013, ele já passava de 100 milhões, metade da população. Por outro lado, as redes têm demonstrado sua capacidade de

A opinião pública é formada pela atuação de movimentos políticos e sociais. Nesse sentido, o contexto de práticas constitucionais em relação ao reconhecimento de direitos advindos das relações homoafetivas indica um amplo cenário de mobilizações sociais e políticas que, no caso da ADI 4277 é expressado pela ampla participação de instituições da sociedade civil na condição de *amicus curiae*.

Os aspectos contramajoritários são distrações à verdadeira discussão que está em jogo: o controle de constitucionalidade ou qualquer aspecto relacionado à prática constitucional ocorre em meio político, cuja neutralidade e autonomia sofrem mitigações.

Desse modo, ao lado da perspectiva interpretativa em relação ao silêncio normativo – que perpassou todos os votos – há que se agregar, também, uma perspectiva de sensibilidade institucional. No entanto, não se afirma aqui total discricionariedade ou nenhum tipo de limitação aos juízes.

Limitar juízes em uma democracia é importante. Mas, na prática, a maioria das limitações não vêm de teorias de interpretação judicial. Elas vêm de características institucionais do sistema político e jurídico. Algumas destas limitações são internas ao direito e à cultura jurídica, como as várias fontes e modalidades listadas acima. Outras são “externas” à justificação jurídica, nada obstante influenciarem fortemente o que os juízes produzem como um grupo [...] Esta combinação de características internas e externas limitam a interpretação judicial na prática de modo mais efetivo do que qualquer teoria de interpretação jamais poderia [...] (BALKIN, 2011b, p. 19 – tradução livre)¹¹⁴.

Logo, concepções acerca das posturas ou de quem tem atribuição para estabelecer o significado da Constituição não podem ser desconsideradas ao todo. Elas são aspectos internos dos processos de construções constitucionais e, para além de ajudar na continuidade do projeto político, influenciam outras instituições e pessoas a se engajarem no projeto coletivo, a partir de suas críticas ou posturas contrárias. Logo, precisam ser analisadas em conjunto.

A importância para esse processo de continuidades ou de contínuo consentimento do projeto constitucional ao longo do tempo é a necessária sensibilidade institucional. No caso da ADI 4277, ela se torna evidente a partir da quebra de um modelo normativo que silenciava

mobilização e de pressão sobre os poderes públicos, inclusive sobre o Congresso [...] Isto pode significar maior independência e maior cobrança, por indicar o crescimento de uma opinião pública mais forte e menos sujeita a manipulação, venha ela de onde vier. As redes poderiam transformar-se em nova ágora, em novo espaço público de participação direta. A ser assim, elas poderiam contribuir para o crescimento equilibrado da democracia e da república, em um novo passo à frente na trajetória da cidadania.”

¹¹⁴ No original: “Constraining judges in a democracy is important. But in practice most of that constraint does not come from theories of constitutional interpretation. It comes from institutional features of the political and legal system. Some of these are internal to law and legal culture, like the various sources and modalities of legal argument listed above. Others are “external” to legal reasoning but nevertheless strongly influence what judges produce as a group [...] This combination of internal and external features constrains judicial interpretation in practice far more effectively than any single theory of interpretation ever could [...]”.

acerca das entidades familiares de pessoas do mesmo sexo de nascimento, em total dissonância com a realidade social do contexto decisório

A sensibilidade institucional advém da compreensão e internalização do outro para dentro dos processos públicos de tomada de decisão, cujos locais podem ser tanto governamentais como não governamentais.

Assim, ao passo em que se afirma e reconhece o papel das mobilizações cidadãs em conjunto com as práticas do governo representativo – os movimentos políticos – afirma-se, ao mesmo tempo, o papel dos juízes e tribunais, cuja legitimidade deriva dessa conjunção de atores e práticas em contexto interacional. É dizer, existe uma Constituição além dos tribunais.

2.4 Conclusão: a relação necessária entre interações institucionais e prática constitucional

O objetivo do capítulo era apresentar a atuação de importantes atores dentro do contexto social e como isso influencia, guia processos interpretativos ou as posturas institucionais dentro dos cursos de ação estatal, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, vê-se que a Constituição é, na verdade, fruto de relações institucionais, tanto de estatais como não governamentais que encaminham sua própria interpretação sobre as normas. Em que pese isso, não significa dizer, que haveria um entrincheiramento de posturas, no sentido de impedir relações.

Muito pelo contrário, o que os processos de construções constitucionais sobre a parceria civil mostraram é que os avanços foram realizados também em decorrência de necessários retrocessos e alianças com instituições.

Os votos dos Ministros em sua maioria fazem referência à ausência de posturas legislativas, privilegiando a interação entre entidades governamentais, mas isso não exclui a atuação de outras entidades. São elas que abrem espaço para discussão e reflexão sobre o desempenho do Tribunal e, principalmente, pavimentam caminhos para a edificação de procedimentos decisórios.

Ao assentar-se na desarmonia e imperfeição da Constituição, os movimentos sociais reconhecem a dinâmica do sistema constitucional e contribuem para a persuasão dentro do discurso público. A vontade do povo ganha espaço e o espaço vazio entre as ações sociais e as decisões estatais começa a ser, paulatinamente, preenchido. É dizer, a prática constitucional é, antes de tudo, um conjunto de interpretações sobre a Constituição e que devem se interagir.

3 PRÁTICA CONSTITUCIONAL JUDICIAL DEMOCRÁTICA: O PAPEL DOS JUÍZES E TRIBUNAIS A PARTIR DO DEVER DE SENSIBILIDADE

Os capítulos passados serviram de base descritiva e prescritiva acerca dos caminhos que a prática constitucional no âmbito do STF tem tomado. A compreensão que a atividade judicante é importante para reforço democrático só é possível se acompanhadas de limites impostos por diversos atores governamentais e não governamentais.

Ao se tratar da atuação do STF em meio ao pedido de reconhecimento da união estável homoafetiva, subjaz ao discurso um pedido de sensibilidade ao tribunal. Essa sensibilidade indica que ao Tribunal cabe não apenas dar uma resposta, mas que ela seja sensível e compreenda as identidades em cena.

Nesse ponto entra uma grande importância de atuação do Poder Judiciário, especificamente do STF no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, que é a sensibilidade em relação a essas mudanças¹¹⁵. Para o Ministro Joaquim Barbosa, são momentos iguais a esse que uma Corte Suprema ou Constitucional se agiganta no intuito de impedir o sufocamento de minorias pelas majorias.

Conforme afirma Jack Balkin (2011a), a defesa de posturas abertas das instituições estatais e sensíveis à interpretação do povo se relaciona diretamente com um contexto de interações sociais permanentes. As lutas de hoje são, nesse sentido, desdobramentos das lutas passadas. São continuidades narrativas cujo desenvolvimento compreende uma relação dialética complexa entre a obra passada e as mudanças.

Diante desse contexto, novas atribuições e novos papéis são atribuídos aos juízes e tribunais como forma de aprimoramento de suas características, desta feita, dentro cenário de cultura democrática, em que todos os cidadãos possam participar e sentir parte do projeto político.

O presente capítulo analisa a importância da realocação do Supremo Tribunal Federal, a partir das construções constitucionais realizadas por meio do movimento LGBT, seja nas instituições formais ou nas informais, e indicação de meios para o fomento da legitimidade democrática a partir do seu desempenho no contexto da ADI 4277.

¹¹⁵ No caso da ADI 4277, a constatação nas mudanças sociais relacionadas à constituição de novas entidades familiares perpassou todos os votos. Nesse sentido, afirmou o Ministro Joaquim Barbosa, de que existe “uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global” (BRASIL, 2011, p. 1.281).

3.1 Mudança, legitimidade e os compromissos da Constituição do Brasil

Como ficou claro na argumentação dos Ministros, o reconhecimento da parceria civil homoafetiva já era sem espera, eis que a sociedade havia mudado. A problemática era como o discurso constitucional poderia legitimamente apreender essas mudanças na cultura constitucional.

No caso da ADI 4277, a expressão maior disso ocorreu em razão da existência de apoio da sociedade civil à causa LGBT. A opinião pública fez o seu papel de persuasão dentro dos cursos de ação estatal e, para além disso, permitiu a atuação estratégica dentro de instituições estatais.

Assim, compreender a legitimidade das mudanças ou das construções constitucionais envolve um meio termo entre considerações normativas e considerações políticas. A existência de Tribunais, nesse sentido, atua no sentido de promoção da legitimidade, eis que realizam mais um escrutínio dentro dos cursos de ação (BALKIN, 2011b).

As construções constitucionais ocorrem ao mesmo tempo em instituições formais e informais. Tanto a esfera pública como a esfera política institucional se engajam no sentido de apresentarem incentivos e pressões.

Nesse sentido, adotar uma postura que se volte ao significado original – e não ao significado original esperado – implica na interpretação judicial sensível às políticas democráticas de longo prazo estabelecidas pela tessitura constitucional. Os dois locais de implementação de mudanças permanecem de modo relativamente autônomo e, ao mesmo tempo, relacionados.

Aos juízes cabe aplicar o direito na sua melhor forma, dentro de suas convicções. Aos membros da comunidade política em geral cabe o poder de crítica e de persuasão, a fim de demonstrar aos juízes e demais membros da comunidade de que existem interpretações melhores da Constituição dentro daquele contexto.

Desse modo, em que pese os estudos aqui realizados terem uma localização precípua no Supremo Tribunal Federal, não significa que a partir do momento que a competência dele é fixada nenhuma outra resposta se mostraria mais compatível com a Constituição de 1988. De modo contrário, a interpretação como construção permite ajustes no significado da Constituição ao longo do tempo, principalmente diante das mobilizações democráticas e expressões da cidadania.

A relação entre mudanças e Tribunais, conforme afirma Jack Balkin (2011b), não impõe como consequência lógica a defesa da última palavra por meio de tais instituições

oficiais. Fixa-se e caracteriza-se o controle judicial de constitucionalidade como um dos *locus* de mudança, de forma que a processualidade do sistema como um todo precisa ganhar espaço nas decisões¹¹⁶.

Sendo assim, para além da constituição de uma comunidade, sociedade ou Estado, e fixação de valores que guiam e as fundamentam, qualquer teoria constitucional precisa permitir o acesso direto à Constituição como forma de expressão identificação com aquele projeto político.

A concepção da Constituição como “nossa” permite, considerando o caso da parceria civil de pessoas do mesmo sexo, o encaminhamento e expressão de uma “Constituição homoafetiva” a que as instituições estatais ainda não tinham reconhecido. O sistema constitucional para ser legítimo, pois, não bastaria que criasse mecanismos ou procedimentos de participação.

Para além disso, a ordem constitucional precisa produzir uma cultura democrática, em que os cidadãos possam não apenas participar, mas que são partes de um projeto coletivo. As ações sociais, portanto, constituiriam resgate de conquistas e compromissos passados que não apenas têm um aspecto político e, ao mesmo tempo, finalidade de mudar estruturas sociais que se mostrem, naquele contexto, injustas (BALKIN, 2011a).

O cenário de mudança, então, está relacionado com esse constante estado de resgate ou redenção de compromissos passados, de promessas de uma geração cuja história indica a confiança num futuro. O passado serve como meio para compreensão de quais promessas ou conquistas que precisam ser resgatadas nas circunstâncias atuais.

A ideia de redenção perpassa a teoria constitucional defendida por Jack Balkin (2011a; 2011b) e que figura como fio teórico que guia essa pesquisa. Para o autor, a teoria constitucional deve ser assentar numa narrativa nacional de redenção. Logo, ele parte do pressuposto de que se vive num mundo injusto e que muitas figuras do passado precisam ser descartadas¹¹⁷.

¹¹⁶ Vale asseverar que, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal e edição da Resolução n. 175/2013 pelo Conselho Nacional de Justiça, o impulso na implementação de uma sociedade que respeite a diversidade não foi o bastante para mudar o entendimento acerca do casamento de pessoas do mesmo sexo de nascimento. Consta em pesquisa realizada no ano de 2015 que mais da metade dos brasileiros é contra essa entidade familiar. Para os pesquisadores, quanto menor a classe social e o acesso à informação, maior a resistência em ser favorável à união de pessoas do mesmo sexo. Em menos de dois anos atrás e mais de 4 da decisão do STF, o contexto cultural ainda permanece com forte resistência. Nesse sentido, confira: BARBOSA, Daniela. Quase metade dos brasileiros é contra casamento gay. **Portal Exame**. 11 mai. 2015. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/brasil/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays/>>. Acesso em 25 set. 2016.

¹¹⁷ Para Jack Balkin (2011a), a narrativa redentiva, ao passo que indica a superação de injustiças promove, ao mesmo tempo, a densificação de significados constantes em compromissos abstratos na Constituição, ou, dentro do contexto norte-americano, também ao Preâmbulo ou na Declaração de Independência dos Estados Unidos.

A justificativa do argumento numa perspectiva narrativa se dá no sentido de compreensão da nossa história compartilhada. Ajuda a entender a situação que se está vivendo e indica caminhos que podem ser tomados. O significado da Constituição passa a ser concedido a partir de identidades narrativamente constituídas, de promessas de um povo que se liga de modo intergeracional.

Em seguida, conclui Jack Balkin (2011a, p. 29 – tradução livre):

Pode-se dizer que o significado da Constituição nos é revelado quando assumimos sobre nós o encargo da redenção. Mas é mais correto dizer que o revelamos a nós mesmos por meio de nossas ações. Seu significado não é preordenado, mas é criado quando nos comprometemos com o projeto da redenção, enfrentando novas e inesperadas circunstâncias à medida que surgem¹¹⁸.

A importância e foco na participação dos movimentos sociais se dá exatamente dentro desse contexto. Em outras palavras, o sistema constitucional compreendido dentro de uma cultura democrática coloca os processos interpretativos sempre em situação de tensão entre diversas outras interpretações, porque é a forma de permitir que no futuro as gerações também possam se autodeterminar de vários outros modos.

Pessoas sempre irão estar em desacordo – ainda que momentaneamente – acerca de seus interesses ou em relação ao exercício de seus direitos. Em razão disso, a existência de uma Constituição e de instrumentos para analisar a conformidade dos atos com ela não se mostram de todo suficientes para a garantia da legitimidade do sistema.

Diferentemente do modelo americano, a história constitucional brasileira é marcada por históricos recentes de ditadura militar e grave violações de direitos humanos¹¹⁹. Além disso, desde a proclamação da República, sucessivas Constituições foram implementadas. Assim, qual é a narrativa redentiva do Brasil?

Nos chamados “discursos oficiais” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011), há entendimentos no sentido de que a Constituição de 1988 padeceria de legitimidade pelo fato de

¹¹⁸ No original: “One might say that the meaning of the Constitution is revealed to us as we take upon ourselves the burden of redemption. But it is more correct to say that we reveal it to ourselves through our actions. Its meaning is not foreordained, but is created as we commit ourselves to the project of redemption, meeting new and unexpected circumstances as they arise”.

¹¹⁹ Os processos de justiça de transição no Brasil encontram-se em desenvolvimento, todavia, de modo tardio e lento. Isso se deve a uma vinculação de instituições atuais ao modelo do governo ditatorial passado. Mudou-se a Constituição, porém, não houve a devida reforma administrativa – ou expurgos no serviço público. Manteve-se, inclusive, a composição do Supremo Tribunal Federal. Destarte, a falta de apuração desses crimes e a forma como a Lei de Anistia foi implementada no Brasil fez com que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenasse o Estado brasileiro, no caso *Gomes Lund*, referente aos eventos da chamada “Guerrilha do Araguaia”. Nesse sentido, confira: MEYER, Emílio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

ter sido encaminhada mediante emenda à Constituição de 1967/69 – a Emenda Constitucional n. 26/1985. De igual modo, o processo constituinte se mostraria restringido e acabado na promulgação da atual Constituição do Brasil.

Segundo Daniel Sarmiento (2010), a EC 26/85 tão somente instrumentalizou mobilizações políticas e sociais que eram observadas desde a rejeição da “Emenda Dante de Oliveira” - a Proposta de Emenda Constitucional n. 05/1983, que alterava a Constituição para que o voto direto fosse restabelecido. Diante disso, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 é fruto de ampla participação popular.

A questão, portanto, é fugir dos discursos oficiais de que o projeto constitucional se encerrou. Há que se reconhecer, conforme afirma Marcelo Cattoni de Oliveira (2011), que a Constituição é fruto de um aprendizado histórico, dinâmico e, portanto, em permanente construção. Os processos constituintes são, ao mesmo tempo, limitadores e empoderadores.

A Constituição de 1988 é fruto de conquistas passadas, mas que ao ser compreendida dentro de uma textura normativa aberta, como um projeto político de longo prazo, permite que as gerações futuras – e que não participaram da sua discussão e promulgação – possam sentir-se incluídas dentro dela.

Logo, a função de uma constituição consiste não em limitar as futuras gerações, mas apresentar elementos básicos para que circunstâncias futuras possam ter guarida constitucional. Assim, conforme afirma Jack Balkin (2011b, p. 24 – tradução livre), “[...] O trabalho de uma constituição é, em suma, tornar possível a política. É por isso que as constituições normalmente protegem direitos e criam estruturas”¹²⁰.

Diante de evidentes mudanças nos valores sociais como, por exemplo, o surgimento de novas entidades familiares, a Constituição se coloca perante os cidadãos diariamente e não apenas em momentos de crise. A democracia, como projeto que se desenvolve no tempo, sempre está em condições sociais não uniformes, sendo nesse pendulo de tensões que a cultura democrática é possível de ser realizada.

A partir desse cenário, para que a Constituição do Brasil de 1988 possa ser compreendida e analisada à luz de uma cultura democrática o primeiro passo é o seu reconhecimento como imperfeita e aberta a novas interpretações. É preciso que se resgate que ela é fruto de uma cultura política pluralista, de uma cidadania ativa.

¹²⁰ No original: “The job of a constitution, in short, is to make politics possible. This is why constitutions normally protect rights and create structures”. Vale asseverar, ainda, que a linguagem constitucional também se expressa por normas não densificadas, apresentando declarações imprecisas, indefinidas, que deverão ser cotejadas com os casos concretos que forem apresentados ao intérprete. A versão inicial da Constituição é permeada por espaço abertos, nunca está finalizada. Ela detém capacidade para crescimento (BALKIN, 2011b).

Para Marcelo Cattoni de Oliveira (2011), essa relação dinâmica de aprendizado a que se refere o texto constitucional do Brasil de 1988 é decorrente do patriotismo constitucional¹²¹. Nesse tocante, sustenta-se a Constituição como ponto de partida, de limites, mas, principalmente, de possibilidades.

Ainda que não exista previsão constitucional para determinado direito, o silêncio normativo não importa em proibição. Na verdade, trata-se apenas do reconhecimento da falibilidade e imperfeição do projeto passado e abertura para o futuro, a fim de possibilitar a interpretação continuada da Constituição.

Muitas normas constitucionais estão estabelecidas dentro de uma grade, de um entrelaçamento com fim de canalizar e guiar decisões futuras, sejam elas em âmbito político legislativo, seja em fóruns judiciais. Esse foi o caminho tomado pelos votos que compuseram a maioria argumentativa na ADI 4277.

O silêncio normativo para eles atuou como condição de possibilidade para o reconhecimento da parceria civil homoafetiva. Com efeito, a mesma normatividade constitucional que serviu de base para reconhecimento da ausência de regulamentação normativa foi a que deu fundamento ao suprimento dela.

Para tanto, a argumentação ganhou expressão a partir da normatividade constitucional como um todo, valendo-se como vetor o constante nos artigos 1º, III, 3º, IV e 5º, *caput* e inciso I, todos da Constituição de 1988¹²². Com exceção do artigo 5º, que prevê alguns dos direitos e garantias individuais, todas as normas que serviram de base estão localizadas no “Título I – Dos Princípios Fundamentais”.

Os Ministros que aderiram a essa normatividade para fundamentarem seus votos demonstraram fidelidade ao texto constitucional, mas no sentido de fixar sobre qual estrutura básica o projeto político da comunidade brasileira está assentado.

¹²¹ Conceitualizando patriotismo constitucional, afirma Marcelo Cattoni (2006, p. 65): “Patriotismo constitucional é um conceito originalmente cunhado pelo jurista e politólogo alemão Dolf Sternberger [...] [que] procurou sintetizar, com esse conceito, o que representava a construção de uma nova identidade coletiva alemã que tomava por referência o conteúdo normativo universalista da Lei Fundamental de 1949.” Após essas construções teóricas de que a sociedade deveria ser construída sob bases eticamente neutras, Habermas passa a empregar o termo “patriotismo constitucional”, atribuindo-se um caráter moral forte e de resgate de uma cultura pluralista, referindo-se a direitos fundamentais garantidores de uma autonomia jurídica pública (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 68).

¹²² Eis o inteiro teor dos dispositivos: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”; “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”; “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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”.

Partindo-se disso, avançaram nos processos interpretativos a partir das mudanças observadas na sociedade, principalmente no que se refere às novas entidades familiares. Os Ministros cotejaram as mudanças com a normatividade constitucional, com vistas à compreensão de como as demandas sociais¹²³ acerca da parceria civil homoafetiva tem guarida na linguagem constitucional.

Colhe-se do processo de construção da argumentação que os Ministros entendiam a importância da Constituição do Brasil de 1988, diante dos avanços em matéria de direitos fundamentais e que isso não poderia ser desconsiderado na decisão. Eles entenderam que a estrutura política implementada pela ordem constitucional vigente não era suficiente para abarcar todos os atos da vida civil.

A fidelidade ao texto não era suficiente, mas foi reconhecida a fidelidade ao significado original – texto constitucional e os princípios –, sem haver, no entanto, a aplicação original esperada. As construções constitucionais dentro daquele contexto decisório indicavam posturas e lutas de várias entidades, com as quais os Ministros estavam fortemente influenciados. Não havia silêncio normativo, eis que a vontade popular há muito indicava superação dele e o Tribunal não teria se engajado nessas mudanças sem esse apoio.

Na forma da dogmática constitucional que perpassa a maioria das literaturas acerca das mudanças constitucionais por processos formais, os princípios fundamentais e os direitos individuais ganham a qualificação de cláusulas pétreas¹²⁴.

A norma constitucional qualificada como cláusula pétrea significa que ela faz parte de um núcleo intangível e imutável, que impede qualquer tipo de alteração ou de abolição de determinadas matérias constantes na Constituição. São “normas que o Poder Constituinte Originário determina, por meio do texto constitucional, que em razão de alguns elementos essenciais – ligados à identidade da Constituição – não podem ser abolidos (suprimidos da normatividade constitucional)” (FERNANDES, 2016, p. 135).

¹²³ Frise-se, conforme abordado no capítulo 2 que isso ganha maior expressão e localização no discurso público em razão dos processos de mobilização social que, no caso LGBT, é observado desde o início da década de 70, a partir da formação do grupo Somos/SP. Segundo Regina Facchini (2005), esse grupo não corresponde à expressão maior do movimento homossexual da época, porém, considerando que muitos estudos etnográficos foram realizados dentro do seu funcionamento, o Somos criou uma espécie de modelo de construção da identidade sexual e, por isso, tem tanta importância no movimento LGBT e na formação opinião pública.

¹²⁴ A fixação de concepções sobre as cláusulas pétreas, constitui, para os limites deste trabalho, como forma de compatibilizar os construtos teóricos do *framework originalism* que formam o fio teórico-pragmático da pesquisa. É que o criador desta teoria da constituição o fez dentro do cenário do Estados Unidos, de forma que, segundo Jack Balkin (2011a), não há como se afirmar de modo automático a aplicação da teoria em outros contextos políticos. Assim, são esforços para tornar palpável no contexto brasileiro e da ADI 4277 os elementos que contribuem para a construção de procedimentos decisórios e fomentem a legitimidade do sistema constitucional.

Considerando o disposto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição de 1988, direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas explícitas. No que se refere às normas que compreendem o título dos princípios fundamentais, a literatura entende que eles constituem limites implícitos ao poder de reforma da Constituição, sob pena de deturpação do sistema constitucional como um todo, eis se tratarem de normas que estruturam a comunidade política da República Federativa do Brasil¹²⁵ (FERNANDES, 2016, p. 139).

Os votos, escritos dentro de uma linguagem constitucional que respeita mudança, indica que as cláusulas pétreas referentes aos princípios fundamentais, longe de serem limites para mudanças da Constituição, consistem em compromissos das gerações passadas. São meios para que a comunidade política possa compreender sobre qual estrutura ela está assentada e, pois, condições de possibilidade para construções constitucionais.

A partir disso e no marco do patriotismo constitucional, observa-se que a teoria constitucional brasileira precisa reconhecer que os limites materiais aos processos formais de alteração da Constituição estão vestidos em novas roupagens.

Mostra-se adequado, mais uma vez resgatar compreensões acerca do patriotismo constitucional aplicados ao contexto de transição política brasileira. Ele é adequado aos propósitos da pesquisa, eis que se coloca dentro de um ideal de sensibilidade as diversas formas de vida que, como já ressaltado, é ponto crucial para o desenvolvimento e conquistas dentro do movimento LGBT. Essa sensibilidade cria um espaço de tensão permanente que, inclusive, levou Edward MacRae (1990) a interpretar como declínio do movimento homossexual brasileiro.

Uma comunidade política formada a partir de uma compreensão eticamente neutra ou que respeite as expressões identitárias não implica na sua constituição por meio de princípios meramente abstratos que transitam dentro de um vazio. Conforme alerta Emílio Peluso Meyer (2012), ao criticar postura decisória do STF acerca da recepção da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79) pela Constituição de 1988, o patriotismo constitucional pode se expressar de duas maneiras, segundo entendimento de Mattias Kumm: denso e fraco.

Em sua acepção fraca os pressupostos identitários estão assentados em princípios básicos da tradição liberal constitucional-democrática referente aos direitos humanos, democracia e Estado de Direito. Eles se apresentariam como limites não apenas às gerações

¹²⁵ Não se desconsidera, ainda, que a Constituição poderá sofrer alterações por meio de “mutações constitucionais”, em que processos interpretativos alteram o sentido da norma sem alterar o texto escrito. De igual modo, não se exclui entendimento do STF no sentido de que as cláusulas pétreas não são violadas quando a Emenda Constitucional altera determinada matéria, mas mantém o seu núcleo essencial (FERNANDES, 2016, pp. 140-147).

futuras, mas ao próprio constitucionalismo e, por via de consequência, ao Poder Constituinte Originário (MEYER, 2012). A Constituição, então, figuraria como limites para as políticas futuras e expressão de um acordo político prévio.

Partindo-se da concepção de que as normas abstratas seriam interpretadas a partir da história particular de cada cidadão, o patriotismo constitucional ganha uma dimensão densa. Os princípios abstratos atuam no sentido de conformar identidades e estabelecer uma conexão das lutas passadas e das ambições futuras (MEYER, 2012).

Assim, o núcleo da Constituição de 1988 são os compromissos e conquistas passadas que ganharam expressão dentro do contexto normativo. Denota-se que a interpretação levada a efeito pela maioria argumentativa no caso da ADI 4277 compreendeu a constituição como “nossa” e reconheceu a habilitação da vontade popular naquele contexto.

A história particular de cada cidadão ganhou lugar no discurso constitucional como forma de anexação ao projeto constitucional implementado em 1988. À luz disso é que se afirma que as cláusulas pétreas são propostas narrativas de redenção e que formam a trama narrativa da história constitucional brasileira¹²⁶.

No caso da ADI 4277, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil foram expressão da metodologia – texto e princípios constitucionais; estrutura para governo de longo termo - aplicável ao contexto de mudanças, aos moldes em que defendidos por Jack Balkin (2011b).

Portanto, as cláusulas pétreas constituem em caminhos normativos para o crescimento, para que o povo consiga se identificar e, ao mesmo tempo, descartar figuras passadas que não constituem uma identidade coletiva, com destinos e atividades coletivas. Que não pertencem às “histórias constitucionais”, isto é, “narrativas constitutivas em torno e por meio das quais as pessoas podem se imaginar como povo, com esperanças, memórias, metas, aspirações e ambições compartilhadas” (BALKIN, 2011a, pp. 30-31).

Tal concepção de prática constitucional, no entanto, não se relaciona integralmente com a atuação do STF na ADI 4277. Vê-se que a partir de uma análise mais realista do Tribunal, o discurso da mudança estava assentado, também na apreensão da linguagem constitucional a

¹²⁶ Serve observação realizada por Emílio Peluso Meyer (2012, p. 216): “Por certo que a pertinência do povo brasileiro a um conjunto de normas abstratas em alguns pontos, concretas em outros (se bem que tal concretude só é alcançada no momento de um discurso de aplicação), chamado de “Constituição” depende de uma contínua e crescente participação cidadã nos processos de formação da opinião e da vontade, bem como no acesso maior ao uso feito do poder político, assim como do conhecimento de um passado institucional e a responsabilização por erros cometidos neste mesmo passado. Por ser um processo, é possível, no entanto, identificar os momentos históricos em que certos atos ganham relevância na formação da identidade constitucional: tal é o exemplo da revisão da Lei de Anistia.”

partir de padrões normativos. Daí, portanto, a importância na compreensão dos ideais de independência e autonomia do Judiciário no contexto brasileiro.

3.2 Independência, autonomia e a prática constitucional judicial

A quebra com o passado não deve ser vista como esquecimento, mas como afirmação – e anexação – à importância do passado dentro das conjunturas atuais, cujo aprendizado indica não apenas fé num projeto constitucional de longa duração, mas na confiança de um futuro de justiça (BALKIN, 2011a). A promulgação da Constituição de 1988 constitui importante marco dentro dos processos de democratização que ainda estão em curso¹²⁷.

Dentro do contexto político brasileiro que, por sua vez, influenciam processos de tomadas de decisão, a construção de uma cultura democrática exige que os modos de ser de cada cidadão consigam encontrar guarida dentro do discurso constitucional. Diante disso, duas narrativas ganham importância: a narrativa redentiva de um povo e a narrativa constitucional normativa.

Nesse cenário, o Poder Judiciário ganha importante expressão como corolário moderno que protege identidades narrativas, cuja manifestação se mostra impossibilitada por uma determinada maioria. Juízes e tribunais contribuem para a manutenção do Estado de Direito, possibilitando o desenvolvimento de uma cultura democrática. Constituem em locais especiais de deliberação política (MENDES, 2013).

Assentando precipuamente sobre o modelo de criação de obrigação por meio de normas abstratas e destinadas a regulamentar as relações futuras, o modelo jurídico-institucional brasileiro indica que uma boa prática constitucional judicial, para ser democrática, precisa aplicar o direito da sua melhor forma.

Conforme afirmam Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015), dentro de cenários institucionais da *civil law*, a prestação jurisdicional compreende o Poder Judiciário como uma instituição coletiva. A instituição é formada por juízes de carreira que desde muito jovem exercem aquela função¹²⁸.

¹²⁷ Daí o porquê de se pensar continuamente em processos transicionais. Democracia não é um dado estaque, mas um contínuo desenvolvimento sujeito a avanços, bem como a tropeços. Os processos de justiça de transição detêm o mesmo pressuposto. Assim como a democratização – ao nosso ver ainda em curso – a justiça de transição tem caráter constitutivo, no sentido de buscar alterar as relações de poder e repensar a cultura constitucional brasileira (MEYER, 2012).

¹²⁸ Para Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015), isso sinaliza que em determinados contextos políticos a importância do Poder Judiciário como instituição una e não a partir de seus membros individuais indica que a ideia de autonomia é em parte mitigada em detrimento da ideia de independência.

Para além de defesa e efetivação dos direitos fundamentais, a importância do Judiciário está no papel de preservação do ideal de que os limites jurídicos do sistema não estão à disposição do governo para serem utilizados como quiser. Nesse sentido, existe uma relação necessária entre cultura democrática e prática judicial independente (LARKINS, 1996; FISS, 1993). Faz-se importante, desse modo, entender essa relação para compreensão e avanços na construção de procedimentos decisórios no STF¹²⁹.

O constitucionalismo contemporâneo como um todo está assentado nessa relação de tensão entre pressupostos internos e externos de vivência democrática. Com isso, pode-se parecer que a prática constitucional judicial vive em meio a uma relação ambivalente.

Para Owen Fiss (1993), essa relação ambivalente é expressada na condição de, ao passo que escolhas populares devem ser respeitadas, atribui-se ao Poder Judiciário a competência de limitar esse pretensão populismo, a partir dos direitos fundamentais. Trata-se de um cenário que perpassa principalmente países de recente passado ditatorial, como o Brasil e vários países da América Latina.

Cultura democrática e prática constitucional judicial acabam ganhando importante espaço dentro desses contextos. Como viga principal das edificações democráticas em períodos de democratização, ao Judiciário se atribui o caráter de protagonista, como expressão não apenas de garantidor dos direitos fundamentais, mas de desconfiança com os demais ramos governamentais.

Surge, então, com os processos de transição democrática, uma necessária releitura das relações entre os ramos governamentais. Alteração nas relações de poder se mostram como passo para que as escolhas populares consigam ser consideradas e não ser silenciadas por meio de maiorias temporárias. É preciso que se pense em espaço de atuação institucional e social sem ingerência.

Independência caminha em conjunto com a autonomia dos cidadãos de escolher suas próprias formas de vida. Ela deriva de mandados constitucionais expressos de controle de escolhas políticas, seja do povo, seja de outros ramos do governo. Partindo-se disso, Owen Fiss (1993) afirma que muita independência dentro de processos de transição para o regime

¹²⁹ Essa importância do Poder Judiciário, entretanto, não pode ser vista como desprovida de limites. O contexto de uma cultura democrática ao defender a participação e identificação dos cidadãos com o projeto político da comunidade, implica em limitação do Judiciário. Dentro desse pressuposto que a pesquisa está sendo desenvolvida. Assim, a Constituição como “nossa lei” suscita questões reflexivas não apenas sobre as questões de mudanças e legitimidade. Por isso, há que se pensar no âmbito institucional que essas mudanças ganham expressão ou mesmo encaminhamento. A cultura democrática, então, torna complexa como o povo deve entender a Constituição ou os direitos constitucionais. Assim, estudos se localizam principalmente no âmbito do Poder Judiciário, diante da atribuição que o novo regime lhe deu de manutenção do Estado de Direito. Em conjunto vem esforços para garantia da independência judicial, como via para que os objetivos de um governo democrática sejam mantidos.

democrático pode ser algo ruim, de modo que se mostra como um ideal a ser otimizado e não maximizado.

Atribuir ao Judiciário a condição de garante do Estado de Direito dentro de um contexto público participativo, faz com que juízes e tribunais passem a ganhar espaço privilegiado. Um juiz ou tribunal independente é aquele que não sofre influência ou controle de alguém (FISS, 1993).

Owen Fiss (1993) trabalha com três noções de independência para maturar a concepção de independência, a partir da não submissão a controle e influência. A primeira diz respeito à imparcialidade dentro da prestação jurisdicional, no sentido de que os juízes não podem ter relação com as partes e nem interesse na causa (*party detachment*).

A segunda parte da autonomia individual dos juízes. Ela se refere à relação intrainstitucional dos magistrados. Preocupa-se com as relações de poder com juízes pertencentes ao mesmo órgão colegiado ou relacionando-se dentro de um contexto funcional (FISS, 1993).

Uma terceira noção, que ganha espaço também nos estudos de Christopher Larkins (1996), relaciona-se com a “insularidade política”. É dizer, o Judiciário faz parte de uma estrutura política de governo e, ao mesmo tempo, precisa manter-se independente dela.

Essa terceira noção se torna a mais complexa dentro de regimes democráticos, eis que manter-se isolado em demasia poderá tem como consequência a possibilidade de frustrar não apenas investidas de outros ramos governamentais, mas da própria vontade popular. Dai, portanto, com Owen Fiss (1993), pensar a independência não como um ideal transcendente, mas um ideal a ser otimizado.

Partindo-se das concepções de democratização e aplicada ao regime de transição democrática no contexto do Chile e da Argentina, Owen Fiss (1993), entende que a insularidade política dos juízes deve ser lida a partir de determinadas presunções sobre a estrutura de governo.

Então, ele defende uma “independência relativa ao regime político” (*regime-relative independence*). Para ele, uma quebra severa com o regime antigo deve ser realizada para que o ideal de insularidade possa ser otimizado, ou seja, o regime democrático não tem que se vincular ao regime passado de modo algum, eis que baseado em total dependência dos juízes e tribunais àquele que tomou o poder (FISS, 1993).

O ideal de dependência é marcadamente relacionado com a insularidade política e, portanto, com o regime no qual faz parte. Por isso, “[...] Mais do que uma mudança ordinária

nos governos é exigida; tem que haver uma ruptura decisiva com o passado, quase uma mudança constitucional” (FISS, 1993, p. 64 – tradução livre).¹³⁰

No entanto, observa-se que a prática constitucional judicial está sujeita a várias variáveis de análise. Ao manejar a discussão para o contexto interacional construído e promovido pelo movimento LGBT, a decisão em si, embora importante, passar a ser um elemento dentro vários outros. Por isso a ênfase na processualidade dela e nos argumentos trazidos pelos Ministros.

O silêncio normativo só é existente, porque os processos formais de alteração da constitucional exigem maioria qualificada. Conforme artigo 60, §§2º e 3º, da Constituição de 1988, é preciso que três quintos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional se manifeste, em dois turnos, favoravelmente a uma emenda constitucional.

Manter-se nessa restrição normativa seria, como sinalizou o Ministro Marco Aurélio, conceder superioridade da maioria em questões de direitos fundamentais, o que não é condizente com os processos democráticos no Brasil de reconhecer direitos a grupos cujo processo político legislativo não permitiu espaço de conformação.

Dentro da cultura democrática, o que essas práticas institucionais indicam é a necessária mudança de postura dos decisores. O passado, então, deve ser esquecido, mas o ato de esquecimento é lido em conjunto com a memória (MEYER, 2012). Nessa relação pendular que as construções constitucionais são possíveis.

Assim, servem as considerações de Christopher Larkins (1996), no sentido de que a insularidade política que a independência suscita não pode ser considerada como um fim em si mesmo, porque um sistema que defenda o isolamento total resultaria também em consequências à democratização.

Relacionando-se à questão de independência do Judiciário dentro de contextos de processos democráticos, Christopher Larkins (1996, p. 614 – tradução livre), corrobora com os pressupostos de que a revisão judicial ocorre em meio político, conforma já assentado:

[...] tribunais não existem ou operam no vácuo. Um número de fatores exógenos, alguns políticos e alguns sociais, irão influenciar a opinião dos juízes e existirão variações de impactos em sua imparcialidade, insularidade e alcance de autoridade. A propósito, verificações razoáveis precisam ser colocadas acerca da autonomia dos juízes e de sua competência em nome de importantes ideais democráticos como regra

¹³⁰ No original: “More than an ordinary change of administrations is required; there has to be decisive break with the past, almost a constitutional change”. Destarte, o autor defende, ainda, que com implementação do regime democrático, os juízes do regime autoritário que não pedirem demissão da função deveriam sofrer processo de *impeachment*.

da maioria e soberania popular, restringindo, efetivamente, a sua insularidade e alcance de autoridade¹³¹.

Ademais, para além da questão da imparcialidade, autonomia e insularidade política, Christopher Larkins (1996, p. 610 – tradução livre) avança nas concepções de independência de juízes e tribunais ao somar a ideia de “alcance de autoridade do judiciário enquanto instituição” ou, “em outras palavras, a relação dos tribunais com outras partes do sistema político e da sociedade, e a medida em que elas são coletivamente vistas como um corpo legitimado para a determinação do certo, errado, legal e ilegal”¹³².

Nesse sentido, a independência judicial, embora um importante ideal a ser otimizado como meio para expressão de justiça e proteção do Estado de Direito e fomento dos processos de democratização, não é fácil de ser aferido. Nada obstante, muitos países com tribunais subordinados ao governo expressam em algum momento algum dos elementos referidos (LARKINS, 1996).

Ademais, considerando os inevitáveis problemas de que juízes são seres humanos e, portanto, com suas subjetividades, o ideal pode não passar de um discurso de encobrimento da linguagem constitucional, em que o peso do argumento longe de fomentar a legitimidade, acaba por criar um chamado capital privado do Judiciário, criando-se zona de exclusão política e social (RESTREPO, HINCAPIÉ, 2012)¹³³.

De igual modo, conforme afirma Christopher Larkins (1996), as variáveis nos processos decisórios podem contribuir para a arbitrariedade de pesquisas empíricas que tentem mensurar a independência, eis que problemáticos de serem identificados¹³⁴.

Portanto, não parece ser possível pensar em prática constitucional judicial democrática sem que o papel de juízes e tribunais seja revisto. A aceitação do Poder Judiciário – seja de

¹³¹ No original: “[...] courts do not exist or operate in a vacuum. A number of exogenous factors, some political and some social, will influence judges' opinions and will have varying impacts on their impartiality, insularity, and scope of authority. For instance, reasonable checks might be placed on the freedom of judges and jurisdiction of the courts in the name of important democratic ideals like majority rule and popular sovereignty, effectively restricting their insularity and scope of authority.”

¹³² No original: “[...] the scope of the judiciary's authority as an institution or, in other words, the relationship of the courts to other parts of the political system and society, and the extent to which they are collectively seen as a legitimate body for the determination of right, wrong, legal, and illegal.”

¹³³ Isso foi constatado por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo (2014). Para eles, o sistema brasileiro por meio do qual a questão da união homoafetiva foi discutida possui uma predominância em argumentos em prol de interesses corporativos, de modo que a via acaba por não servir como via rápida para solução de questões constitucionais amplas, mas para direitos próprios dos legitimados. O objetivo da modalidade, portanto, não passa de um discurso.

¹³⁴ Diz respeito às tentativas de estudos positivistas que tentaram aferir a independência dentro de fórmulas e construções matemáticas sem ter que adentrar em questões de subjetividade. Larkins (1996, pp. 617-618) critica também estudos que foram realizados a partir a junção de visões de vários cientistas sociais acerca de como eles compreendiam a independência de tribunais na América Latina, o que foi considerado como “rumor de 84 pesquisadores”.

modo estratégico, seja por confiança nele – indica que o controle judicial de constitucionalidade é permeável e precisa ser sensível a isso.

A posição de fala dos tribunais pode ser privilegiada, ou especial (MENDES, 2013), mas não é ilhada. A mesma tessitura constitucional que fixa a competência e pretensa independência do Judiciário é a que fixa as bases de participação popular e exige a consideração no discurso público. Juízes e tribunais são importantes na legitimidade das mudanças porque fixam mais um escrutínio dos cursos de ação (BALKIN, 2011b).

Uma interpretação neutra não é necessariamente correta (FISS, 1993). A decisão em si, embora dentro de um mínimo de alcance de autoridade – eis que relacionado e pertencente à estrutura governamental e garante do Estado de Direito – não tem garantia de ser uma interpretação legítima ou, conforme Jack Balkin (2011b), uma interpretação-como-construção.

Com efeito, se o desempenho deles é importante para fomento da legitimidade do sistema constitucional como um todo, o ideal de independência e autonomia igualmente precisam ser revistos. Elementos da prática constitucional colocam os processos de decisão em constante tensão pendular.

Da mesma forma que não há como se determinar que uma dada escolha ou decisão é a correta, ou constitui a última palavra sobre as normas constitucionais, não existe indicativo insuperável de independência e autonomia. Em outras palavras, os juízes quando decidem estão limitados a partir das influências do contexto decisório.

O reconhecimento disso por meio do dever de sensibilidade, promove o despir-se de argumentos transcendentais de insularidade e constitui ponto de partida para a construção de procedimentos decisórios que fomentam a legitimidade do sistema constitucional como um todo, mas que não decidam de forma que somente determinada parcela da sociedade – as elites – terão acesso ao que realmente se passa.

Nesse tocante, pode-se fazer uma relação com a doutrina da “reputação judicial” apresentada por Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015). A ideia de reputação é pensada a partir de avaliações sobre a atuação ou desempenho passados de um ator específico¹³⁵.

A reputação judicial, assim, seriam avaliações das práticas passadas de juízes e tribunais, mormente a partir dos reflexos internos e externos dessas práticas quando

¹³⁵ O objeto do estudo sobre reputação judicial não é no sentido de aferir ou determinar que a reputação seja algo bom ou ruim, ou se modalidades específicas de reputação são melhores que outras. O produto da pesquisa de Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015) é no sentido de explorar os mecanismos e incentivos institucionais que produzem a reputação de determinada instituição, bem como a influência que as estruturas institucionais têm no reforço ou no prejuízo dela, ou na produção de diferentes tipos de reputação.

relacionadas a um público específico ou contexto social decisório. Consiste em meio de gerar informações mais adequadas sobre o desempenho judicial (GAROUPA, GINSBURG, 2015).

Conforme já assinalado, a prática constitucional contemporânea ocorre em meio político e com a atuação de novos atores sociais, dentre os quais os movimentos sociais e a opinião pública figuram como importantes participantes.

Surge para as instituições – principalmente as judiciais – o dever de sensibilidade, aferível dentro da processualidade, do desempenho dos tribunais e não nos resultados em si¹³⁶. Colocando-se em meio a práticas ou avaliações passadas, observa-se a impossibilidade de uma decisão neutra ou isolada, ou que as relações de autonomia ocorrem de modos diferentes.

Nesse contexto e relacionando-se com o ideal de independência a partir da noção de autonomia dos juízes em relações funcionais, Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015), afirmam que o sistema recursal (*appeal system*), e a natureza da relação entre juízes inferiores e superiores tem importante papel no incentivo de práticas judiciais. Para eles quanto menor o controle dos juízes inferiores, maior a possibilidade de expressão de uma autonomia e construção de uma reputação individual.

O mesmo ocorre com sistemas cuja construção do direito se dá por meio dos tribunais da federação, como o modelo dos EUA. Nesses casos, a reputação coletiva é desfavorecida. Em instituições colegiadas como os tribunais, a avaliação das práticas dentro da Suprema Corte dos Estados Unidos implica em atuações pendulares de Presidentes que militavam internamente para que todas as decisões fossem unânimes, impedindo votos dissidentes. Assim, em determinados momentos se dava maior reputação de modo individual e aos votos dissidentes, enquanto que em outros cenários se privilegiou a reputação coletiva (GAROUPA, GINSBURG, 2015).

Ademais, diante da natureza do Poder Judiciário, bem como suas dimensões, não há como se concluir automaticamente que a reputação se deve a posturas individuais ou coletivas. Por vezes, o respeito as atuações individuais ajudam na indicação de que o tribunal é permeável a diferentes formas de vida, não sendo uma instituição homogênea e burocrática. É dizer, a autonomia fomenta tanto a reputação coletiva como individual e, pois, tem conteúdo construído a partir da atuação do tribunal em casos específicos.

¹³⁶ Em que pese com objetos de estudo diferentes, os pressupostos teóricos desta pesquisa e dos estudos sobre reputação judicial se relacionam, eis que ambos exigem avaliações sobre a *performance* do tribunal e como eles reagem às influências internas e externas. É nesse ponto específico que se faz uso dos estudos sobre reputação.

Destarte, na atuação do tribunal nem todas as questões poderão ser resolvidas por unanimidade - nada obstante da força que uma decisão sem votos dissidentes possa oferecer ao público. Casos cujo consenso político ou social é difícil – como a parceria civil de pessoas do mesmo sexo – o encaminhamento de posturas individuais diferentes, ainda que para um mesmo resultado, fomentam tanto a reputação coletiva como a individual (GAROUPA, GINSBURG, 2015).

O encaminhamento de votos individuais seguindo um resultado final igual, então, pode servir de indicativo de que não apenas o Judiciário não é uma instituição monista ou uniforme, mas que está permeável a modos diversos vida; que está sujeito a influências, não está isolado¹³⁷.

No caso da ADI 4277, a unanimidade foi formada. No entanto, na parte argumentativa para os fundamentos decisórios determinantes, contou com a dissidência de três Ministros. Para além de entenderem a existência de uma lacuna, encaminharam votos no sentido de que ela deveria ser colmatada, mas tão somente quanto aos aspectos patrimoniais de uniões estáveis. Adoção, casamento, ou demais questões que derivavam da decisão deveriam ser compreendidas como forma de provocar a atuação do Poder Legislativo.

Nesse sentido, concorda-se com Christopher Larkins (1996) de que a análise e compreensão do desempenho judicial dentro da noção de independência deve colher na processualidade não os indicativos que elas existem, mas os vários obstáculos a ela. Nesse ato, o resultado em si é insuficiente. “*O quê exatamente um tribunal decide, o modo como ele alcança as decisões e as palavras que ele usa podem falar muito mais sobre a posição do Judiciário em determinado país*” (LARKINS, 1996, pp. 618-619 – tradução livre)¹³⁸.

Trataria de cuidadoso exercício interpretativo no qual as condições contextuais do Tribunal e das instituições políticas como um todo são internalizadas à decisão e analisadas em conjunto de modo funcional.

Exigiria, portanto, ampliação do espectro de análise para compreender que a decisão em si ocorre em meio a várias outras decisões e posturas. Instituições estatais, movimentos sociais e a opinião pública – interpretação como construção e compreensão da Constituição como “nossa lei” - que informam a posição do Tribunal, bem como quais os incentivos.

¹³⁷ Não se afirma a existência de uma relação de causa e efeito, mas que as questões judiciais variam a partir de apoios ou incentivos, e que isso deriva tanto de instituições formais como informais.

¹³⁸ No original: “[...] exactly *what* a court decides, *the way* it reaches it decisions, and *the words* it uses can speak volumes more about the position of the judiciary in a given country” (grifos no original).

Dai, portanto, fixar o objeto desta pesquisa a partir da ADI 4277 e sua processualidade que, no entanto, caminhou para determinado discurso constitucional em que as palavras pouco falaram dos incentivos e apoios, ou como isso foi realizado para os fins da questão levada para o Tribunal.

Logo, é preciso pensar que o STF constitui importante local para que o debate público seja realizado. O contexto conflitivo indica que a atuação estratégica, bem como as relações de avanços e retrocessos dentro do movimento LGBT ensejaram mudança de postura nos valores sociais e na Constituição.

É dizer, há uma “Constituição homoafetiva” como expressão da interpretação protestante e que deveria se expressar não apenas no resultado, mas na própria construção dela e dos procedimentos decisórios, não apenas como forma de demonstrar a heterogeneidade e autonomia do Tribunal, mas que narrativas de mudanças são importantes para os processos de tomada de decisão e para a cultura democrática.

Os dois elementos principais que têm tomado espaço na prática judicial - autonomia e insularidade política de juízes e tribunais, referindo-se, conforme Christopher Larkins (1996), como medidas institucionais que foram adicionadas no contexto de democratização – precisam ser revistos e otimizados. Isso só será possível, todavia, dentro do contexto interacional promovido pelos processos decisórios ou que incentivaram a instituição a proferir uma decisão.

O desempenho de instituições judiciais deve ganhar espaço na análise de construção de procedimentos decisórios e nos limites a que elas estão sujeitas. Conforme já visto, a atuação de novas entidades em âmbito social indica que as instituições são fruto das posturas de seus membros e das relações com outras instituições.

Uma abordagem mais realista delas implica no reconhecimento que poucas são as diferenças no que se refere ao ambiente decisório ou os cursos de ação tomados. Destarte, ao compreender o verdadeiro ideal da independência judicial, como um ideal a ser otimizado a partir das influências e da posição da instituição judicial decisora na estrutura política, os tribunais podem ser compreendidos como espaços para deliberação política, além da decisão em si.

Conforme afirma Conrado Hübner Mendes (2013) essa característica novel dos Tribunais os colocam como espaços privilegiados de deliberação¹³⁹. Ao se entender os

¹³⁹ Tal afirmação, no entanto, não é desprovida de críticas. Segundo Conrado Mendes (2013), encontra-se na literatura a afirmação que tão somente na fase de edição legislativa que a deliberação seria possível, sob pena de inserir nas Cortes questões políticas. Seguindo-se a linha adotada neste trabalho de que direito e política se relacionam, bem como que a função de guardar a Constituição os tribunais são também interlocutores e deliberadores, tais críticas não se sustentam. Assim, ainda que se defenda que cabe à adjudicação tão somente o

benefícios estruturais da deliberação para a *performance* das Cortes, ver-se-á, assim como na prática constitucional, que o apego à separação do direito e da política constituem em mitos que impedem o conhecimento do funcionamento real das instituições.

Tribunais, então, constituem instituições híbridas o bastante para não apenas reconhecerem que muitos processos decisórios são precedidos por práticas que buscam a solução conjunta e continuada de questões, mas que práticas deliberativas podem tomar lugar no desempenho deles. A legitimidade das mudanças precisa estar sintonizada com essas questões.

3.3 Discurso democrático, *performance* e encriptação da Constituição

Permeou dentro do discurso constitucional na ADI 4277 a referência e importância do engajamento da sociedade civil organizada. A expressão maior disso pode ser colhida a partir do deferimento da participação de 16 *amicus curiae*. A partir de uma ótica externa – como se viu no tópico anterior – a contestação pública pareceu ganhar espaço na decisão

Construiu-se uma interpretação seguindo-se o entrelaçamento entre os compromissos passados – cláusulas pétreas – e as mudanças nas gerações atuais acerca das questões sobre parceria civil, cujo engajamento pode ser extraído de incentivos que o Tribunal recebeu de diversos atores sociais.

Com efeito, o Ministro Celso de Mello - um dos poucos a se referir aos participantes - declarou em voto que o *amicus curiae* consiste em superação da questão acerca da legitimidade democrática das decisões do STF. Para o Ministro, as instituições representativas da sociedade civil possibilitam a pluralização do debate constitucional e abertura procedimental no âmbito do controle judicial concentrado de constitucionalidade.

Ao final conclui o Ministro Celso de Mello:

É, portanto, **nesse papel** de intermediário **entre** as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal **atual** neste julgamento, **considerando**, de um lado, **a transcendência** da questão constitucional suscitada neste processo (**bem assim** os valores essenciais e relevantes ora em exame), **e tendo em vista**, de outro, **o sentido legitimador** da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, **com especial destaque** para grupos minoritários, **a possibilidade** de, eles próprios, oferecerem alternativas para a

papel de “cão de guarda” dos procedimentos democráticos de edição das normas, conforme tese defendida por John Hart Ely (2010), não há um fechamento do processo de aplicação do direito. Ao revés, o que prática constitucional indica é a abertura ou superação de um modelo elitista de revisão judicial (BALKIN, 2011a).

interpretação constitucional **no que se refere** aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica (BRASIL, 2011, p. 1.384 – grifos no original).

Tal parte do voto do Ministro em muito se relaciona com as abordagens teórico-pragmáticas que se tem suscitado e analisado neste trabalho. Ela carrega como fio condutor a característica central da legitimidade do sistema constitucional no sentido de habilitar o povo a encaminhar sua própria interpretação sobre a Constituição. Ao mesmo tempo, ela mantém a competência de juízes e tribunais na condição de intermediador.

Ela inverte a argumentação assentando a competência do STF a partir da participação e contribuição do povo dentro do processo constitucional concentrado. Muito embora o Ministro em seguida argumente no sentido de que o Tribunal detém o monopólio da última palavra - o que se mostra contraditório e contrário às premissas do Tribunal como intermediador -, trata-se de umas poucas referências aos *amici*¹⁴⁰.

Destarte, colhe-se da maioria das petições das entidades a tentativa argumentativa puramente normativa. A questão da parceria civil, longe de ser apresentada sob o ponto de vista identitário que, como vimos, constitui a veia dialética para o desenvolvimento do movimento LGBT, acaba sendo restringida a um discurso jurídico literal, como se direito e política pudessem ser alvo de separação.

Para além disso, vem a reboque questões internas do Supremo Tribunal Federal sobre seus processos decisórios e um pretense isolamento dos Ministros. Votos são levados prontos – em que pese no caso da ADI 4277 ter havido manifestações do Ministros em sessão de julgamento – e apresentam a postura argumentativa sem considerar a dos pares, decidindo sem deliberação (AFONSO DA SILVA, 2013).

Vale a observação de Conrado Hübner Mendes (2013), no sentido de que decisor e deliberador não precisam estar, necessariamente, na mesma instituição. Assim, em que pese a deliberação política seja o meio adequado para a construção da razão pública, os deliberadores não precisam deter poder de decisão. Eles podem ser instituições informais, como movimentos

¹⁴⁰ Outra referência foi do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, que fez constar em seu relatório: “Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amicus curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesa, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentro outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritània e Iêmen” (BRASIL, 2011, p. 1.181). No entanto, segundo informação do acórdão, houve a participação de 16 *amicus curiae* e não 14 como fez referência o relator.

sociais. O ponto central é o desempenho dessas instituições a partir da construção conjunta de decisões ou posturas a serem tomadas.

O poder de tomar decisão em sua maioria está reservado a espaços formais de deliberação, exigindo-se uma teoria da autoridade para compreensão da legitimidade decisória e obediência ao comando.

Soergue, então, para a discussão da construção de procedimentos decisórios, questionamentos sobre a *performance* interna de julgamento e emissão dos votos dos magistrados que compõem o Tribunal. Não apenas a apreensão do discurso popular ocorreu, mas de que maneira ele se expressou na ADI 4277.

Até que argumentações acerca da legitimidade democrática¹⁴¹ fossem apresentados contra a revisão judicial, a existência de Tribunais ou Cortes Constitucionais era vista com melhor imagem em relação às demais instituições estatais, sendo essencial à própria cultura democrática (MENDES, 2013).

Há que se reconhecer o importante papel que os juízes e tribunais detêm nos sistemas constitucionais contemporâneos. Segundo Robert Post e Reva Siegel (2007), os cidadãos atribuem a legitimidade ao Poder Judiciário, especificamente à revisão judicial dos atos dos poderes públicos, porque ele é importante ator no reconhecimento de direitos e na limitação dos outros poderes. É dizer, a legitimidade não só vem de aceitação pelos cidadãos (FRIEDMAN, 2009), mas na confiança¹⁴² deles de que quando o tribunal age, estaria defendendo seus direitos.

¹⁴¹ Um dos principais argumentos contra a revisão judicial era a falta de representatividade, mormente em sistemas cujo *design* institucional têm a vitaliciedade como principal prerrogativa aos magistrados. O Poder Legislativo, então, teria uma responsabilidade política não exigível aos juízes e deveriam, ainda, lutar por seus mandatos eletivos. O cidadão teria mais poder de pressão em âmbito político legislativo do que judicante. Ocorre que, conforme afirma Barry Friedman (2003), tal argumento não se sustenta se observada a prática constitucional. Para ele, considerando que a vontade do povo ocorre mediada por juízes e tribunais, haveria um constante diálogo entre as instituições e o povo, de modo a absorver toda a dinamicidade do processo de interpretação constitucional e do governo democrático. A maioria formada nos Parlamentos é composta pela integração de várias vozes diferentes e não necessariamente representa o governo. Nesse sentido, Tribunais e Parlamentos estariam em constante interação entre si e com a opinião pública. O caminho não é retirar a Constituição dos Tribunais, mas compreender que o povo também molda o significado das normas constitucionais e a questão principal é a reação do povo às decisões e a implementação de novos ciclos de interação (FRIEDMAN, 2009).

¹⁴² No Brasil, a confiabilidade no Poder Judiciário e na Justiça recebeu uma queda de cinco pontos percentuais desde 2009. Segundo pesquisa do Ibope, a confiabilidade na instituição, em julho de 2015, era de 46%. Embora sem explicar a forma em que essa confiabilidade foi analisada e, portanto, pode não ser relacionada tão somente com o conteúdo de decisões, ela fornece um indicativo relevante. Pesquisa disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicoes-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>>. Acesso em 25 de jul. 2016. Em pesquisa mais recente, realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, em relatório do 1º Semestre/2016, a confiabilidade no Poder Judiciário era de 29%, ficando abaixo das Forças Armadas (59%), da Igreja Católica (57%), Imprensa Escrita (37%), Ministério Público (36%), Grandes Empresas (34%) e Emissoras de TV (33%). Nesse sentido, confira: Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito de São Paulo. **Relatório ICJBrasil – 1º Semestre/2016**. Disponível em: <

Assim, o estado de protagonismo atual não pode ser levado às últimas consequências. O mesmo se diga da sua dimensão contramajoritária sob o pressuposto de falta de legitimidade representativa. A estrutura implementada por uma ordem constitucional é que possibilita a atividade com mais ou menos protagonismo. Destarte, ao reconhecer o contexto de interação no qual os juízes e tribunais se encontram, o Poder Judiciário reflete o que as pessoas estão pensando (FRIEDMAN, 2009).

A atividade de juízes e tribunais e, especificamente, de Cortes Supremas, dependem não apenas de demandas, mas de toda uma estrutura de incentivos que não somente apoia em novos significados ou novas formas de consentimento com o projeto constitucional, mas que tenha condições de, também, levar essas discussões para instituições que podem resguardar esses direitos (EPP, 2013).

Pode-se pensar, então, no Poder Judiciário como agente de mudanças, mas cujo papel de protagonismo fica a cargo da sociedade, isto é, de um ator constituído por conjunto de indivíduos e grupos com interesses e preferências variados. Diante uma série de incentivos e comportamentos, juízes são agentes que exercem poder em nome da sociedade¹⁴³ (GAROUPA, GINSBURG, 2015).

No que tange ao Brasil, vê-se que a literalidade constitucional nos apresenta “estruturas sociopolíticas de incentivo”, ou seja, uma “estrutura constitucional de oportunidades” ao indicar mecanismos para que o STF seja demandando. Além disso, há que se compreender a forma de organização e distribuição do poder entre os agentes governamentais por meio da Constituição; que compromissos ideológicos ela apresenta e; como o poder entre o Estado e a sociedade está distribuído (KAPISZEWSKI, 2010, p. 264).

Uma das principais estruturas normativas de incentivo implementada pela atual ordem constitucional está no artigo 103 da Constituição de 1988. Neste dispositivo consta o rol de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado. Contendo a habilitação para

http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf. Acesso em 03 jan. 2017.

¹⁴³ Para tornar factível essa relação de agente e mandante (*principal-agent model*), há que se enfrentar problemas acerca da assimetria de informações. Quanto mais informações disponíveis da prática judicial dentro desse modelo maior o grau de responsabilidade política (*accountability*) em relação ao mandante. Assim, pode ser necessário monitoramento desse agente para se evitar que o discurso normativo ganhe mais espaço no sentido de encaminhar as preferências dele e não da sociedade (GAROUPA, GINSBURG, 2015). Destarte, pode-se indicar como caminho para aprimoramento de avanços pela atuação do agente, a partir do que Charles Epp (2013) chama de “litigância continuada” como forma de permanência dos incentivos nos tribunais e, ao mesmo tempo, criar uma estrutura de apoio que não apenas permite o engajamento também de juízes e tribunais, mas que controle o tribunal no encaminhamento de preferências das estruturas de apoio e não suas próprias preferências.

vários proponentes, o referido dispositivo atua como uma forma de representação horizontal da sociedade brasileira¹⁴⁴.

Assim, a Constituição de 1988 promoveu dinâmicas políticas cotidianas diferenciadas, apresentando tensões normativas internas e uma divisão institucional de poderes diferente do modelo constitucional anterior (KAPISZEWSKI, 2010).

A questão da judicialização e atividade constante dos juízes e tribunais, portanto, não tem sua gênese isoladamente no STF. Ao revés, há uma soma de fatores institucionais, pessoais, políticos, jurídicos, sociais, etc., que suscitam a discussão do posicionamento dos juízes e tribunais como tomadores de decisão, de modo que contexto particular inserido abre caminhos não apenas para aceitação da revisão judicial, mas para demonstrar meios para o reforço da legitimidade do sistema, principalmente com o reconhecimento que os juízes sofrem influências.

Nesse sentido, concorda-se com Conrado Hübner Mendes (2013) quando este afirma que diante do papel desempenhado pelos Tribunais dentro do contexto político contemporâneo eles constituem fóruns especiais de deliberação. Os juízes e tribunais têm importante atribuição para do discurso público.

Reconhecendo-se isso, a prática constitucional judicial ganhará novas conotações normativas, cuja imagem principal será aquela cuja *performance* interna privilegiar práticas deliberativas¹⁴⁵. Portanto, o correto seria um “escrutínio constitucional”¹⁴⁶ e não julgamento ou adjudicação pelas Cortes (MENDES, 2013).

¹⁴⁴ Todavia, no desenvolvimento dessa modalidade de controle judicial, o STF acabou criando vários outros requisitos para além da estrita literalidade normativa. Na prática, não houve a ampliação das discussões de questões constitucionais, mas a limitação de determinadas defesas a interesses particulares ou corporativos. Foi o caso de partes das ações propostas pelo Ministério Público (PGR) e pelas Entidades de Classe (COSTA, BENVINDO, 2014). A partir daquilo que pode ser chamado de uma “jurisprudência defensiva”, criaram-se subcategorias como, por exemplo, legitimados universais e não universais – estes últimos deveriam demonstrar pertinência temática referente à sua representatividade aos interesses postulados, enquanto que os primeiros estão habilitados para propor ação em qualquer situação (FERNANDES, 2016, pp. 1.368-1.371). O fundamento por trás era evitar que o controle concentrado se tornasse uma jurisdição popular e sobrecarregasse o STF. Segundo Hans Kelsen (2007), cujos estudos influenciaram a criação do controle concentrado de constitucionalidade, por se tratar de aplicação da Constituição, o adequado era que o processo fosse provocado mediante uma *actio popularis*. Entretanto, como a resolução da questão se aplica a todos indistintamente, sendo realizado por uma instituição criada para esse fim - o Tribunal Constitucional -, permitir a participação popular direta iria desnaturar o modelo e sobrecarregar com questões para além da normatividade constitucional.

¹⁴⁵ Ainda que com pressupostos teóricos eminentemente normativos, Conrado Mendes (2013) tenta explorar uma vertente não apenas de decisão das Cortes Constitucionais, mas também de deliberação. Ele tenta, portanto, fugir de concepções únicas da revisão judicial, apresentando caminhos para que os processos decisórios possam permitir a apreciação de questões tormentosas para a sociedade e tenha capacidade de conceder respostas às mudanças da opinião pública. A prática deliberativa nesses fóruns especiais seria para fomentar a legitimidade democrática a partir de exercício interacional contínuo de busca de soluções e respeito às razões públicas que orbitam a questão.

¹⁴⁶ Segundo Conrado Hübner Mendes (2013), a ideia de “adjudicação”, a que se refere a principal atividade do Poder Judiciário acaba levando a entendimento equivocados acerca da prática real. Em outras palavras, tal termo leva à indicação imediata de que a prática judicial se associa a questões técnicas, eis que coloca o tomador de

A concepção de escrutínio em muito se assemelha à proposta do constitucionalismo baseado na sensibilidade dos juízes e tribunais, eis que para além da ideia de um espaço formal – e com autoridade¹⁴⁷ – de deliberação, há o reconhecimento de fases externas, cujo espaço é ocupado por atores políticos que encaminham a sua interpretação da Constituição, dentro do poder de autodeterminação política ou identificação: um espaço não governamental – ou informal – que, conforme visto, é também ocupado por movimentos sociais.

A atuação do STF, então, pode ser melhorada, mas desde que o *amicus curiae* supere a ideia de um simples discurso constitucional normativo. Conforme visto, a opinião pública e movimentos sociais – ou qualquer tipo de ator social que tenha possibilidade de participação nos processos públicos de tomada de decisão – desejam não apenas ser ouvidos, mas considerados. Assim, “[...] se assimilarmos o direito constitucional como ‘a combinação de textos canônicos, casos interpretativos e entendimentos políticos’, o tribunal constitucional está obviamente participando da sua criação” (MENDES, 2013, p. 82 – tradução livre)¹⁴⁸.

Diante desse cenário teórico-pragmático e sua relação com o contexto decisório da ADI 4277, o discurso de pluralização não passou de uma verbalização. O desempenho interno do STF indicou uma apropriação do discurso de abertura da opinião sobre a Constituição sem, no entanto, considera-lo nas justificativas dos votos.

O *amicus curiae*, instituto que preza pela abertura dos processos de opinião sobre a Constituição - que reconhece o momento atual de diversidade de modos de vida e de ação social - foi usado para a manutenção de uma autoridade única acerca dos processos interpretativos, conforme voto do Ministro Celso de Mello.

Como consequência, observa-se fenômeno que Ricardo Sanín Restrepo e Gabriel Mendez Hincapíe (2012) identificaram chamado de “criptação da Constituição” pelo discurso constitucional.

Trata-se do encobrimento de posturas ideológicas de instituições judiciais no que se refere à sua manutenção no poder. Cria-se um discurso participativo que reflete, na verdade, tensão entre melhores argumentos cuja consequência é a criptação da linguagem

decisão na condição de terceiro não interessado ou, para usar o termo de Owen Fiss (1993), de *party detachment*, ou imparcial. De igual modo, a ideia de adjudicação traz à reboque concepções de uma necessária separação entre direito e política. Se ao Judiciário cabe apenas aplicar a norma legislada ou as estruturas pré-estabelecidas, ele seria meramente a boca da lei e, nesse sentido, deixaria a deliberação para as instâncias político-legislativas.

¹⁴⁷ Assim dispõem o artigo 102, §2º, da Constituição de 1988: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

¹⁴⁸ No original: “If we assimilate constitutional law as the ‘combination of canonical texts, interpretive cases and political understandings,’ the constitutional court is obviously participating in the making of it”.

constitucional. A prática constitucional judicial passa ser o controle da própria linguagem constitucional.

Cria-se, assim, uma linguagem constitucional própria e, conforme constatado por Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015), a *expertise* ganha espaço muito maior e, embora aumentando o potencial de efetividade, a decisão em si torna expressão das preferências pessoais dos juízes. Informações sobre prática se expressam de modo assimétrico e o povo não conseguirá aferir a responsabilidade política da instituição para a decisão específica.

A Constituição passa a ser acessível a um grupo seleto de pessoas com *expertise*, mas que, no fundo, tenta impedir a interação política e frustra o encaminhamento da interpretação popular¹⁴⁹ (RESTREPO; HINCAPIÉ, 2012).

Diante disso, os procedimentos criados para expressão dessa linguagem por meio das decisões judiciais acabam funcionando como principal meio para que a Constituição seja restringida à força do argumento normativo que poucos teriam acesso, criando-se zonas rígidas de exclusão política (RESTREPO; HINCAPIÉ, 2012).

A inclusão pelo argumento traz a reboque a exclusão de uma gama de interações que são essenciais à própria cultura democrática. A Constituição – apropriada pelo discurso decisório e, pois, da autoridade – se tornaria meio para impedir construções constitucionais, criando-se óbices institucionais de continuidade do projeto político de longo termo que, conforme abordado, só é possível se as gerações atuais tiverem como se anexar a esse projeto e continuar ele.

A importância na mudança de postura decisória possibilitado pela sensibilidade atua no sentido de se rechaçarem de imediato argumentos acerca da prática constitucional que tentem colocar os processos de interpretação das normas constitucionais num mundo irreal ou num mundo em que apenas elites se interagem.

¹⁴⁹ Vale consignar que essa problemática ocorre não apenas dentro do instituto do *amicus curiae*. Seguindo o discurso normativo de abertura dos processos de opinião sobre a Constituição, o relator poderá solicitar a realização de audiências públicas. Ocorre que, assim como no caso do *amicus*, as discussões e eventuais deliberações ocorridas em audiências não ganham, também, espaço dentro dos votos ou das decisões do STF. Para tanto, confira: FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. CRUZ, Gabriel Soares. **Levando a Constituição para além das Cortes: uma análise crítica das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal a partir da teoria do constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman**. In: FREITAS, Lorena de Melo. GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (Coord.). *Teoria do direito e realismo jurídico*. Organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Tema: Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade - Florianópolis: CONPEDI, 2015. ISBN: 978-85-5505-136-4.

De igual modo, é preciso deixar claro que a interação entre os *amici curiae* e os votos ocorreram dentro de uma linguagem constitucional puramente normativa. Assim, os próprios participantes precisaram se valer de *expertise* para poderem obter participação no processo. Como reação antecipada à própria *performance* Tribunal, as entidades para se sentirem pertencentes e minimamente compreendidas dentro do discurso constitucional precisaram se portar encobrendo a sua própria interpretação da Constituição.

A partir de uma análise realista das instituições, percebe-se que direito e política estão sempre inter-relacionados. E mais, essa relação é importante não apenas para compreensão dos processos de construções constitucionais, mas, ao mesmo tempo, entender o avanço em matéria de direitos.

A criação de uma linguagem própria, elitista, implica no encobrimento do discurso constitucional. Para tanto, a participação de entidades que pluralizariam o discurso constitucional acaba se restringindo a argumentos normativos. A autoridade do Tribunal – e da sua decisão – ganha mais espaço do que o próprio reconhecimento da união estável homoafetiva e das lutas sobre parceria civil entre pessoas do mesmo sexo.

Segundo Charles Epp (2013), em que pese a atuação de grupos de apoio e abertura de espaço para uma militância maior dentro de instituições judiciais, o avanço em direitos também se deve também a uma atuação de magistrados que estejam dispostos e inclinados a apoiá-los¹⁵⁰.

Essa disposição, no entanto, deve se expressar no reconhecimento da sensibilidade dentro da prática constitucional, de modo fazer superar os limites impostos pela linguagem judicial normativa. As construções constitucionais desenvolvidas pelo movimento LGBT apresentou essa necessária abertura decisória – influências externas -, bem como meio para construção de procedimentos decisórios – influências internas.

Assim sendo, em questões de reconhecimento de direitos ou em avanços em liberdades civis, há uma conjunção de fatores que favorecem as demandas. Tratando-se da atuação ou desempenho de juízes e tribunais nesses processos a questão envolve não apenas apoio do magistrado, mas um entrelaçamento entre procedimentos e apoio da sociedade civil. A ênfase está na continuidade e dinamicidade do processo e não apenas na decisão em si¹⁵¹.

Portanto, ao se assentar na processualidade continuada sobre o reconhecimento de direitos, a militância também deve permanecer de modo perene. Essa militância poderá advir

¹⁵⁰ Com exceção do controle da agenda dos Tribunais pelos seus membros, os estudos de Charles Epp (2013) em grande parte se assentam em elementos externos à revisão judicial e como isso influenciou no reconhecimento de liberdades civis. Assim, com exceção de quando o autor se refere à escolha dos casos para serem julgados pelos Tribunais, a análise dele se volta à atuação externa a partir daquilo que ele chama de “estruturas de apoio”. No entanto, não compreende a análise do autor as questões internas dos Tribunais, relacionadas aos procedimentos decisórios e à apreensão dos interesses dessas estruturas de apoio pelo discurso decisório. A estruturas de apoio influenciaram nas mudanças de posturas da instituição, mas não indica os motivos decisórios, de modo que a abertura externa, não implica, necessariamente, abertura interna. Ela pode ser, mero discurso de avanços de preferências pessoais.

¹⁵¹ Ademais, conforme afirma Charles Epp (2013), a modernização da sociedade e o investimento financeiro também são pontos a serem considerados dentro desse processo de luta por liberdades civis. Limitações financeiras ou a má distribuição de recursos na sociedade constituem fortes motivos para a demora ou mesmo impossibilidade de reconhecimento de direitos. Neste último caso, muito se deve ao patrocínio de causa por grandes escritórios de advocacia ou por entidades que recebem investimentos de instituições não governamentais que atuavam na defesa dos direitos dos cidadãos.

tanto do povo – por meio dos movimentos sociais ou entidades civis organizadas – como por meio de litigância estratégica continuada¹⁵².

De igual modo, a chegada de discussões sociais importantes nas Cortes Supremas também se deve a incentivos governamentais que, embora tenham tido pouco tempo de duração em razão da suspensão da subvenção financeira, conseguiu fazer com que questões sobre econômicas das camadas mais pobres da comunidade norte-americana pudessem ganhar espaço na agenda da Suprema Corte (EPP, 2013).

Somando-se esses elementos institucionais e as tensões internas e externas que os decisores estão suscetíveis, vê-se que a construção de procedimentos decisórios em muito se assemelha com o movimento LGBT.

Ao passo que seria necessário dar uma decisão, eis que demandada dentro dos limites normativos para tal fim, o STF também teria que apreender dentro do discurso constitucional os aspectos identitários não apenas da causa, mas dos próprios Ministros.

Por isso, então, que os processos de conformação da Constituição são vistos como construtivos, eis que entrelaçado com várias questões institucionais. O próprio encobrimento da linguagem constitucional faz parte desse processo continuado. É uma postura a ser internalizada, mas que não deve ser lida como um fim em si mesmo, mas possibilidade de avanços ou pontos de partida argumentativos.

Partindo-se de tais posturas, dentro das dinâmicas internas, Lawrence Baum (2008), entende que nesse caso se trataria de expressão de um modelo dominante de comportamento judicial: o normativo ou *legal*. Por meio dele, o resultado é alcançado a partir de um esforço interpretativo do juiz, porém, dentro da estrutura jurídico-normativa.

Ainda que seja uma forma importante para a compreensão dos motivos decisórios, ele é insuficiente para a explicação da postura decisória. Para tanto, o autor adota o entendimento de que há por trás da prática decisória atuações dos magistrados que, muito embora explicitados numa linguagem puramente jurídica, consiste em expressão de uma autoapresentação do juiz em relação a um público determinado (BAUM, 2008).

¹⁵² Vale assentar importante constatação do contexto brasileiro realizada por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo (2014, pp. 74-75), todavia relacionada aos partidos políticos que, como visto figuram como importante meio de retroalimentação do sistema e estrutura de apoio: “Deve-se notar que a atuação exitosa dos partidos invocou direitos fundamentais em uma proporção abaixo da média e que a sua concentração em questões de desenho institucional revela uma atuação voltada aos interesses eleitorais do partido, no sentido de atuar na própria distribuição do poder político, mais que na defesa dos interesses das pessoas que esses partidos deveriam representar. Ademais, o altíssimo índice de indeferimento das ADIs dos partidos, que se liga diretamente com o alto índice de julgamento, sugere que a judicialização das questões é em muitos casos uma estratégia para conferir visibilidade a pretensões de partidos pequenos da oposição, e que própria existência da ADI pode ser mais um instrumento de retórica política do que uma estratégia de anulação de atos fundados em uma argumentação jurídica sólida.”

Em outras palavras, o agir dentro do discurso normativo encoberto pode significar que o decisor quer se reportar a um público específico no qual ele quer respeito e aceitação, e esse público entende que a melhor decisão deve ser aquela dentro dos limites de estruturas normativas pré-estabelecidas, ou seja, a boa decisão é aquela que interpreta tais padrões normativos da melhor forma possível. Da mesma forma que atores políticos podem ser o público do juiz, os outros membros do órgão colegiado também são.

O dever de sensibilidade que a interpretação-como-construção exige dos juízes implica em importante caminho para a superação desse déficit participativo. O encaminhamento da interpretação popular é essencial à legitimidade do sistema constitucional, de modo que ao se ver representado por meio de mecanismos de ação social, como movimentos sociais, não apenas um espaço vazio de interpretações diferentes, que poderão ser relacionadas, começa a ser preenchido, mas a própria concepção de participação nos processos de tomada de decisão ganhará novas vestes.

Ao lado das influências externas, há que se compreender como elas contribuem para o desenvolvimento de procedimentos decisórios. As posturas internas do Tribunal devem ser ponto de análise para que as narrativas possam ser internalizadas, dentro de suas tramas e não a partir de discursos constitucionais, cuja linguagem é acessível a poucos.

Considerando que as Cortes são instituições formais colegiadas, a utilização da deliberação em seus processos de tomada de decisão enseja à retirada da personificação dos juízes que a compõe e da responsabilidade pessoal na determinação de um significado da Constituição (MENDES, 2013).

Essa constatação institucional se relaciona àquilo que Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015) chamam de “reputação coletiva”, cujo ideal repousa não apenas nas influências que o modelo institucional adotado para ingresso e desempenho das atribuições de juiz. Há também forte influência do desempenho do tribunal que vai desde o espaço de liberdade concedido aos magistrados até a manipulação da agenda do tribunal¹⁵³.

Esses elementos institucionais realizam incentivos específicos nas Cortes e produzem formas diferentes de atuação delas. Para tanto – em que pese a existência de modelos híbridos - dois modelos de funcionamento ganham maior expressão: o “modelo de carreira” e o “modelo de reconhecimento” (GAROUPA, GINSBURG, 2015).

¹⁵³ Segundo Charles Epp (2013), o controle sobre agenda de Tribunais ou Cortes Supremas tem importância também na disposição para o reconhecimento de direitos. Assim, a atuação estratégica e a litigância continuada em países cuja estrutura institucional permite a escolha de casos faz com que seja possível um maior engajamento das Cortes em matéria de liberdades civis, facilitando avanços.

No primeiro deles, cujo cenário prevalecente ocorre em países europeus ou que adotam o modelo da *civil law*, juízes passam suas carreiras inteiras em meio a relações hierárquicas burocráticas. No que tange ao “modelo de reconhecimento”, ele é frequentemente associado aos países da *commom law* e significa que juízes são escolhidos após prévia carreira jurídica.

A organização na forma de reconhecimento implica em mecanismos políticos de indicação, tornando-se menos burocrático que o modelo de carreira. Para além disso – principalmente no caso de órgãos colegiados - há que se somarem fatores internos de atuação de cada instituição, fazendo-se com que cada modelo reaja de forma diferente e gere diferentes formas de reputação (GAROUPA, GINSBURG, 2015).

Portanto, compreender a construção de procedimentos decisório implica em entender os aspectos internos relacionados à própria atuação do Tribunal. Seguindo-se o entendimento de que eles são diretamente relacionados com vários elementos, a abertura a esses influxos constitui importante passo.

Desse modo, a decisão em si não pode figurar como um fim em si mesmo. A parceria civil de pessoas do mesmo sexo levou ao conhecimento do tribunal questões cujo consenso político se mostraria difícil diante da maioria parlamentar¹⁵⁴. No entanto, ao se afirmar que o Tribunal deve ser sensível, significa que ele precisa estar aberto a modos de vida cuja revelação se mostra impossibilitada por uma maioria específica.

A complexidade do caso suscitado na ADI 4277 se relaciona às questões identitárias por trás do pedido de reconhecimento da união estável. Essas questões, segundo Jack Balkin (2011a), indicam uma trama narrativa que precisa ser resgatada nas atuais conjunturas políticas, porque elas, antes de tudo, constituem o povo. Para tanto, a estrutura social alterada precisa ganhar espaço no discurso constitucional, eis que o objetivo principal da ordem constitucional é a produção e fomento contínuo de uma cultura democrática.

O povo, aqui, está contextualizado no âmbito do movimento LGBT, com seus avanços, retrocessos e, portanto, em sua dinamicidade. Para que a prática judicial entenda a Constituição como “nossa lei”, e que legitimidade do sistema implica no reconhecimento dessa narrativa redentiva, para além da decisão em si – que foi importante passo – a linguagem constitucional deveria expressar a absorção dessa narrativa, todavia, como forma de posicionar os participantes também na condição de intérpretes/decisores.

¹⁵⁴ Muito embora tal fato ter ficado claro nas argumentações, os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, resolveram silenciar em relação a elas, para que, inclusive, o Poder Legislativo pudesse ser provocado.

Como fórum especial de deliberação, o STF tinha condições de evitar a encriptação da Constituição. Ao permitir o ingresso de várias entidades, mas não conceder a devida consideração, o Tribunal aceita a participação, mas não a reconhece como essencial ao processo decisório.

A encriptação, no caso da ADI 4277 configura, na verdade, expressão da reputação do STF coletivamente entendido. Em outras palavras, as práticas deles criaram determinado desempenho de que apenas aquilo que poderá ser compreendido dentro de relações normativas que serão considerados.

A abertura dos processos interpretativos visa o efeito oposto, por isso que o pressuposto para a prática constitucional judicial ser assentado dentro do ideal de sensibilidade. Qualquer tentativa de modo contrário visa implementar processos interacionais entre pessoas que detêm o domínio dos procedimentos no STF, entre elites.

Como espaço formal de deliberação, o respeito do Tribunal às narrativas redentivas impõe no aperfeiçoamento dos processos decisórios. A possibilidade que Ministros encaminhem seus entendimentos coloca o STF dentro de cenário interno em que individualidades precisam ser consideradas. A decisão é um processo de várias¹⁵⁵ mãos.

No entanto, ao compreender o Tribunal não apenas dentro do seu alcance de autoridade como instituição, mas também como local de deliberação, a formação conjunta da decisão concederá mais espaço às narrativas¹⁵⁶ que orbitam ela, seja de instituições formais ou informais. A chamada “deliberação externa”, consiste em importante ponto de foco (MENDES, 2013).

Dar e receber razões, conforme afirma Conrado Hübner Mendes (2013), é essencial à deliberação, porque exige a abertura dos processos para compreender outros interlocutores. Isso é oportunizado pela deliberação, uma vez que é considerada a participação de instituições informais na *performance* deliberativa.

¹⁵⁵ Nesse tocante, servem as considerações de Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2015) de que o cenário de autonomia interno dos Tribunais precisa considerar aquilo que Lawrence Baum (2008) entende como essencial para o comportamento judicial: a autoapresentação. Nesse sentido, dentre os aspectos que circundam e influenciam a reputação judicial, algum espaço deve ser concedido às posturas individuais no intuito de expressar autoestima do magistrado. A relação de respeito dentro das instituições colegiadas pode induzir a busca de reputação individual com decisões motivadas à luz do entendimento dos outros juízes como forma de buscar adesão e, assim, respeito dentro da instituição.

¹⁵⁶ Aqui, servem as considerações de Ronald Dworkin (2014b), no sentido de que o ideal de integridade dentro dos processos decisórios exige que o processo interpretativo internalize todos os aspectos situacionais. Em outras palavras, a integridade gera a responsabilidade política do intérprete de relacionar sua decisão dentro de uma rede de outras decisões que, para serem afastadas, precisam ser argumentativamente consideradas. No caso da ADI 4277, observa-se o contrário, as redes de posturas que, no caso, ganha expressão no contexto da opinião pública e do movimento LGBT não foi afastado, porém, também não foi expressamente considerado no argumento dos Ministros.

Consiste em fase em que a decisão em si recebe incentivos por meio da contestação pública – que seria a fase deliberativa pré-decisional – solicitada por atores políticos que têm condições diretas de provocar a jurisdição do tribunal, bem como por mobilizações na comunidade política. Consiste em meios para a coleta de informações e exige a participação de todos os interlocutores (MENDES, 2013).

Ainda na fase de deliberação externa, há uma fase pós-decisional, cujo ato principal é a redação da decisão e que deve ser permeada por esforços do Tribunal de considerar narrativas dos interlocutores do contexto decisório (MENDES, 2013).

A fase de deliberação externa é a expressão da sensibilidade e de que há sintonia das instituições formais com as informais, bem como com a opinião pública. Assim, ela serve não apenas como fase pós-decisional, mas considerando que reação da opinião pública às decisões consiste em importante fato da prática constitucional (FRIEDMAN, 2005; 2009), ela pode servir, também, como expressão de contestação pública e, portanto, fase pré-decisional de determinada decisão judicial¹⁵⁷ (MENDES, 2013).

No contexto da deliberação externa, as instituições são vistas coletivamente. Todavia, e seguindo o desempenho decisório do STF¹⁵⁸, a fase decisional foca num contexto individual para o engajamento colegial. Consiste em importante e segundo Conrado Hübner Mendes (2013), depende da forma como os interlocutores atuaram e, portanto, deve ser pautada dentro de um compromisso de ética na deliberação, sob pena de encobrimento do discurso pela *performance* decisória.

Assim, a capacidade de resposta do Tribunal, ou o seu alcance de autoridade institucional passa a ser ampliado para dar lugar à sensibilidade. Esta não só compreende a

¹⁵⁷ Conforme já abordado, o descontentamento com uma decisão e a expressa contestação pública em relação a ela pode se revestir como contramovimentos ou mesmo ensejar reações populares negativas mais expressivas – ou *backlash*. Essa situação de decisões que fomentam fortes reações pela opinião pública e movimentos sociais, implica em reconhecimento de que os processos de democratização são realizados em meios hostis, cuja esperança move a superação das situações de injustiça (BALKIN, 2011a). Não necessariamente as mobilizações sociais conseguirão persuadir as instituições estatais de que sua interpretação precisa ganhar guarida no discurso constitucional, mas precisam ter esperança que irão conseguir. Jack Balkin (2011b) chama tais condições de “problemas do mal constitucional”, que é justamente a possibilidade de decisões injustas. Ocorre que, a Constituição não pode ser vista sempre como um projeto perfeito e incontestável, o que ele chama de “idolatria constitucional” (BALKIN, 2011a). O pressuposto da narrativa redentiva é justamente que a Constituição vive em situação caída, não condizente com a realidade vivida, surgindo-se daí a necessidade de resgate que trabalhe não apenas com o passado e nem com o presente, mas com processos de identificação e não identificação com elementos passados, numa constante relação dialética da história constitucional, com esperança de mudança no futuro.

¹⁵⁸ O desempenho decisório interno do STF está assentado no chamado modelo *seriatim* não deliberativo. Com efeito, as decisões são tomadas individualmente por cada Ministro que diversas vezes acabam levando voto escrito pronto para as sessões de julgamento. Consiste em modelo que concede expressão à atuação individual, todavia, num contexto de insularidade o que, conforme visto, não é possível dentro de uma cultura democrática e, pois, acabam restringindo as potencialidades dos processos decisórios (AFONSO DA SILVA, 2013; MENDES, 2013).

capacidade de resposta, mas que essa resposta será realizada de modo aberto e com consideração às narrativas apresentadas e às interpretações constitucionais de atores específicos que contribuem para a razão pública.

3.4 Conclusão: a permanência da mudança

No contexto da prática constitucional o dever de sensibilidade implica na releitura constante de posturas deliberativas e decisórias. A Constituição como expressão de conquistas e de compromissos a serem efetivados ao longo do tempo indica que luta não apenas ocorre em meio social, mas, ao mesmo tempo, em instituições formais.

A importância da sensibilidade para a legitimidade do sistema constitucional é que ela permite que o povo se identifique com a Constituição e possa se anexar a esse projeto passado. Narrativas de identidade ganham espaço na linguagem constitucional, nascendo o dever de internalização delas aos processos decisórios.

Desse modo, para além de uma instituição que decida e fixe uma determinada interpretação, ou que dê uma resposta, é preciso que ela seja sensível ao contexto de relações e tensões que orbitam o processo.

No caso do reconhecimento da parceria civil homoafetiva tais questionamentos e mudanças no desempenho decisório indicam uma necessária superação de modelos e melhoramento nos processos, de modo a compreender não apenas como limitados, mas despidos de qualquer independência no sentido estrito da palavra. Constitui caminho para acesso da própria linguagem constitucional.

Consequentemente, as instituições oficiais – no caso o STF – mudarão seu desempenho interno. A consideração às narrativas constitui meios para sintonização do povo com as instituições governamentais e fomento da prática constitucional em contexto de processos de democratização, bem como para tornar a Constituição e o Judiciário acessível ao povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Amo tudo, animo tudo, empresto humanidade a tudo. Aos homens e às pedras,
às almas e às máquinas. Para aumentar com isso a minha personalidade.
Pertença a tudo para pertencer cada vez mais a mim próprio*

Fernando Pessoa
Poesia completa de Álvaro de Campos

A prática constitucional no mundo contemporâneo vive em momento de desprendimento de determinadas amarras do passado. A contínua luta por liberdades civis coloca a sociedade dentro de constante tensão. Desta dinamicidade surgem duas situações: a tensão é necessária à continuidade do passado e; as narrativas de identidade não podem se submeter à vontade de uma maioria.

É nesse contexto que as lutas por reconhecimento da parceria civil de pessoas do mesmo sexo de nascimento se expressam e se moldam. As lutas de hoje são continuidade de lutas passadas que remontam a formação de grupos para o compartilhamento de experiências. Experiências de reprovação e clandestinidade.

Passado e futuro podem ser traduzidos em mudança e legitimidade. São elementos que não apenas são claramente inerentes à cultura democrática e à prática constitucional. Se relacionam ao próprio desenvolvimento de novos atores sociais que lutam por reconhecimento pelos cursos de ação do Estado.

Pensar no futuro não é apenas uma opção de esquecer histórias passadas, mas entender que injustiças existiram, existem e existirão e que precisam ser descartadas. São aprendizados que guiam novas formas de vida em constantes processos redentivos. Essa foi a principal questão que pode ser extraída da pesquisa.

Parte do objetivo deste trabalho era a investigação dessas relações no âmbito dos processos decisórios. Partiu-se do pressuposto que a interpretação da Constituição ocorria em meio dinâmico, de experiências que fomentam a continuidade dela no tempo. Com efeito, qualquer estabelecimento do significado das normas constitucionais fiéis ao contexto de tensão social deveria ser sensível às narrativas que o orbitavam.

A hipótese está confirmada. O cenário de protagonismo judicial nada mais é do que expressão de disposição de juízes e tribunais para promoção de direitos fundamentais. Não basta a disposição, mas contínuo incentivo às práticas constitucionais e percepção de que em âmbito de processos de democratização, falar de futuro é falar de concepções de formas de

vidas atuais a partir de práticas passadas. O presente conforma o passado na esperança de um futuro melhor.

Percebe-se que a teoria constitucional deve se assentar em outras bases. Os movimentos constituintes que precedem a implementação da Constituição constituem não apenas limites para as gerações futuras, mas, principalmente possibilidades de continuarem o processo.

A Constituição por ser ato passado, é imperfeita e cuja continuidade no tempo exige abertura dela para que as gerações atuais consigam buscar dentro de suas bases guardada para suas próprias narrativas. Como meio para que o projeto passado seja lido sem idolatrias, mas como conquistas e resgate de determinados compromissos nos quais o contexto social indicará. Não só *quem está interpretando* é importante, mas, ao mesmo tempo, *para quem*.

Verificou-se, a partir disso que já passa da hora de superação de construções teóricas e jurisprudenciais acerca da importância da decisão em si e da instituição quem decide. Viu-se que a Constituição é nossa lei e, assim, todos aqueles pertencentes à comunidade política estão habilitados para encaminharem o próprio significado dos seus direitos. Para a cultura democrática e continuidade da democratização, o povo precisa se sentir pertencente àquilo que os une enquanto comunidade política.

Narrativas de identidade e expressão da diversidade precisam ter espaço e consideração dentro do discurso público e nos cursos de ação estatal. A forma inicial disso é o reconhecimento do texto e dos princípios da Constituição como ponto de partida para legitimidade das mudanças. O texto é acessível a todos, ele forma a tessitura político-jurídica que guia e empodera, sendo expressão de fidelidade à Constituição em confiança de um passado-presente falível, porém, com esperança no futuro justo.

Assim, para interpretar basta ter fé. Portanto, novos atores têm importância no estabelecimento do significado das normas constitucionais, das “nossas normas”. Aqui, focalizou-se principalmente na opinião pública como forma de entender que as práticas institucionais precisam estar sintonizadas com ela para a legitimidade do sistema.

O primeiro capítulo estabeleceu as bases de desenvolvimento da pesquisa. Novos caminhos interpretativos foram pavimentados, de forma que prática institucional estatal deve se adequar a esse cenário e não contrário. Em outras palavras, é a consideração à vontade popular que é essencial à cultura democrática e não as decisões oficiais. Estas, precisam ser reações a ela. Logo, ainda que se afirme veementemente a existência de autonomia entre as instituições governamentais, percebe-se, de início que elas são expressão da vontade popular.

A primeira verificação deste trabalho e que consiste na primeira parte do objetivo geral de pesquisa indica que o controle judicial de constitucionalidade precisa usar novas vestes. A interpretação da Constituição, longe de ser uma atividade tomada sem influências, é, na verdade, fruto de uma rede de interações na qual entidades governamentais e não governamentais interagem entre si.

Interpretar não é tão somente fixar um significado, mas, ao mesmo tempo é expressão de uma atuação. É a criação de novas estruturas, novas doutrinas que contribuem para o discurso público. É também continuidade das bases da comunidade política diante das mudanças sociais.

No entanto, tal atividade construtiva não ganha espaço tão somente nas salas judiciais. Importante papel na arena pública se deve também aos movimentos sociais dentro desse processo de mudanças e da sua legitimidade. Constituem mecanismos que retroalimentam o sistema e o coloca em constante dinâmica. Daí, então, o capítulo 2 possibilitou a verificação da existência de uma Constituição fora dos tribunais.

Neste estágio intermediário da pesquisa se deu mais ênfase à questão da interpretação da Constituição promovida à luz de abordagem institucionais. Vislumbrou-se nele que o contexto do discurso jurídico é, na verdade, expressão de cenários deliberativos que serviram de estrutura de apoio para o resultado.

Muita importância se deve às construções do movimento LGBT. A partir dele, verificou-se que a tensão constitutiva constante nos processos interpretativos da Constituição também perpassa as práticas dele. Inclusão e, ao mesmo tempo, exclusão andavam de mãos dadas na luta pela expressão de sua identidade.

A expressão de narrativas individuais e a organização para ocupação de lugar no espaço público criaram verdadeiros espaços de exclusão, cujo espaço – pendular - permitiu também o fortalecimento do movimento.

Aqui, muito se relaciona com os processos interpretativos como construção, no que se refere à tensão entre o passado e as mudanças atuais. A interpretação atual, condizente com o contexto de gerações futuras sobre um projeto anterior significa o resgate e ao mesmo tempo esquecimento do passado.

No que tange ao movimento LGBT, constitui fortificação dele no espaço público, mas potencialidade de divisões internas. Ao mesmo tempo que se quer incluir outras pautas e bandeiras, associados ao movimento não se sentiam mais identificados com ele, o que gerava exclusão.

Determinado encaminhamento interpretativo é exclusão de outros. Essa desarmonia é expressão das relações sociais em contexto de democratização e que ficou bem claro nos

argumentos dos votos dos Ministros, em que pese o contexto decisório desde o início indicasse uma necessária abertura para o aprofundamento de questões, o que pode ser constatado pela participação de 16 *amicus curiae*.

Assim, a partir do capítulo 2, pode-se perceber que as mudanças nas posturas do Supremo Tribunal Federal se mostram como meio para a compreensão das interações institucionais. Isso restou claro principalmente na argumentação dos Ministros Gilmar Mendes e na adesão dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. No entanto, a postura institucional aventada era no sentido de que o tribunal deveria saber a hora de decidir e também a hora de silenciar.

Esse silêncio importava em reconhecimento de uma necessária interação institucional, todavia, relacionada entre instituições estatais. O papel de participação dos movimentos sociais nos processos de tomada de decisão não ganhou significância. A Constituição está além dos tribunais e ela só é o que é, porque o povo está habilitado a encaminhar sua própria interpretação, de forma que a argumentação foi a promoção de um diálogo de elites.

O capítulo possibilitou a verificação de que a análise dos processos decisórios em instituições judiciais deve ser a partir de concepções mais realistas dela. Para além das influências que orbitam a tomada de decisão, mudanças de posturas internas são importantes caminhos para uma prática constitucional sensível.

A investigação final se dava na compreensão de que o reconhecimento de influências de movimentos sociais não apenas limitava a instituição, mas possibilitava a construção de procedimentos decisórios que fomentassem a legitimidade do sistema a partir da prática constitucional judicial.

Essa parte foi tomada pelo capítulo 3. Ele serviu de base reflexiva do desempenho do tribunal a partir do seu reconhecimento como um ator dentre uma gama de outros, que se interagem entre si.

Concluiu-se que a prática constitucional precisa se livrar não apenas das amarras essencialmente normativas. ADI 4277 indicou que o recurso preponderante a padrões argumentativos baseados em práticas passadas e estruturas pré-existentes levavam as propostas de ampliação dos processos de opinião sobre a Constituição para a formação de um capital privado.

Como se viu a partir da postura de autoconsciência do STF, o tribunal apenas reconhece interações que ocorrem dentro uma linguagem constitucional específica acessível a poucos. Reconheceu-se pouquíssimo espaço à militância de movimentos sociais e à sua importância para o reconhecimento de liberdades civis.

A atuação em face dos *amici curiae* implementou uma *performance* do STF de mero discurso democrático. A prática, por sua vez indicava o encobrimento da linguagem constitucional e isolamento do Tribunal do povo.

Percebeu-se, então que no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, independência e autonomia eram ideais que se sobrepunham às mudanças constitucionais e aos próprios compromissos constitucionais os quais eram pontos de partida da narrativa redentiva. O STF aceitou o discurso da diversidade, mas não o considerou. Se apropriou das mudanças suscitadas pelas atuais gerações como forma de encaminhar preferências próprias.

A posturas de inclusão de uma dada coletividade que estava em situação de clandestinidade criou, igualmente, posturas de exclusão. O STF fez a indicação que a participação é condicionada à utilização da mesma linguagem dele. Uma linguagem em que o povo não é considerado.

Assim, apresentou-se releitura do desempenho do Tribunal a partir do dever de sensibilidade. A análise longitudinal, fixada na processualidade do reconhecimento de parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo, possibilitou a compreensão de que o desempenho poderia ser melhorado se compreendesse a instituição judicial como um local de deliberação política.

Ademais, afastou-se as concepções de independência e autonomia, não apenas por veicularem um ideal abstrato de insularidade política, mas que ao serem relacionadas com a práticas constitucional elas mostram densificadas pelos seus obstáculos.

A compreensão do cenário se relacionava com os pressupostos teórico-pragmáticos da abordagem de constitucionalismo e Constituição que perpassa a pesquisa, no sentido de que devesse pressupor que a prática sofre influência. A questão seria como isso contribui para abrir os processos decisórios e possibilitar atuação diferente do Tribunal.

Nesse sentido, a atuação do tribunal deve ser lida a partir de questões que deixam de lado a sua independência e autonomia, como, por exemplo, uma leitura realista do contexto decisório conforme realizada no capítulo 2.

Para tanto, conclui-se que o STF deve ser entendido como decisor e, ao mesmo tempo, como deliberador. Essa última característica leva ao tribunal contestações públicas e permite a construção da decisão de modo conjunto com a sociedade ou com instituições representativas. Não apenas se exige um dever de resposta, mas que ela seja sensível à interpretação popular, no caso, os movimentos sociais.

A história por trás do discurso de ausência de regulamentação normativa na união estável indicou em sua processualidade a necessária abertura do povo e das instituições para o outro especialmente concebido. Em outras palavras, a diminuição de injustiças sociais reclama

consideração do cidadão em sua humanidade, em suas narrativas de identidade e não na aceitação como uma mudança para que tudo permaneça como está.

Ao compreender-se o cenário que é revelado pela legitimidade dos processos decisórios a partir da sensibilidade, resta importante a relação entre direito e política para o direito constitucional. Os juízes e tribunais quando estão decidindo sobre a constituição estão a fazer política e precisam compreender que o contexto institucional no qual está inserido é fórum político interacional e, pois, deve contribuir para a qualidade dos processos deliberativos.

Isso significa para a prática constitucional que a cada conflito levado à apreciação dos tribunais, um contexto é criado e a posição do tomador de decisão é revelada a partir daquele ambiente institucional.

Forças e atores políticos específicos convergem para apresentar incentivos que, no contexto do STF, indicam que ele tem importante atuação no apoio de questões sociais, tendo em vista contestação pública e os incentivos advindos das expressões narrativas de resgate dos compromissos da Constituição de 1988.

Sendo assim, os juízes isolados, pretensamente independentes e que se preocupam somente com o conteúdo jurídico do debate devem ser concebidos como idealísticos. As influências que o contexto conflitivo que incentiva a coparticipação apresenta para a prática constitucional precisam ser construídos em cada caso levando-se em consideração todos esses aspectos situacionais em constante diálogo e interação.

De modo contrário ao que se declara, o reconhecimento das influências permite que o desempenho do tribunal possa ser melhorado no sentido de fomentar a legitimidade do sistema constitucional. Para tanto, deve-se fugir de apreensões eminentemente normativas da linguagem constitucional. Quando muito, as posturas fundamentadas no argumento de aplicação neutra do direito servem como discurso que, na realidade, resulta na prática constitucional judicial encoberta pelo tecnicismo de um grupo, uma elite específica.

A construção de procedimentos decisório é, assim como a Constituição de 1988, um processo aberto e em contínuo desenvolvimento. As revoluções passadas continuam nos dias atuais como expressão de um projeto de longa duração. Não só o passado é importante – e não deve ser esquecido –, mas a representação dada a ele pela narrativa de redenção é meio para construção de procedimentos decisórios e limitação das instituições.

Não apenas uma resposta deve ser dada, ela precisa internalizar aos discursos a diversidade do presente na linguagem constitucional. A decisão é um processo, um *continuum* de diversas tramas que se enlaçam e revelam a verdadeira, porém, encoberta Constituição.

Pontes de conversações precisam ser criadas entre as práticas institucionais dos mais diversos matizes. Tais pontes constituem uma forma de resolução do problema deliberativo constante nas Cortes. Em outras palavras, os contextos revelados pela teoria da sensibilidade exigem releituras de práticas e inversão argumentativa no intuito de considerar as narrativas de identidade como indicativo do processo decisório.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Deciding without deliberating**. ICON (2013), Vol. 11 No. 3, 557–584. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org>>. Acesso em 10 de março de 2014.

BALKIN, Jack M. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge: Harvard University Press, 2011a.

_____. **Living originalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2011b.

_____. **Populism and progressivism as constitutional categories**. Yale Law School: Faculty Scholarship Series, 1995. Paper 268. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/268/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F268&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em 25 mai. 2016.

BARBOSA, Daniela. Quase metade dos brasileiros é contra casamento gay. **Portal Exame**. 11 mai. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays/>>. Acesso em 25 set. 2016.

BATEUP, Christine. **The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. Public Law & Legal Theory Research paper series. Working paper n. 05-24. New York University School of Law, nov. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em 15 out. 2015.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. **O que é constitucionalismo popular**. JOTA. Publicado em 21 jul. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-que-e-o-constitucionalismo-popular>>. Acesso em 22 jul. 2015.

_____. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator atual: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em 14 abril 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relator atual: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>. Acesso em 14 abril 2016.

BRINKS, Daniel M. **Fieles servidores del regimen. El papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo la Constitución de 1988.** In: HELMKE, Gretchen. RIOS FIGUEROA, Julio. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

CARRARA, Sérgio. FACCHINI, Regina. SIMÕES, Júlio Assis. RAMOS, Sílvia. **Política, direitos, violência e homossexualidade.** Pesquisa. 9ª Parada do Orgulho GLBT – São Paulo 2005. Rio de Janeiro: CEPESC, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick. PAIXÃO, Cristiano. **Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição.** In: *Constiuição, jurisdição e processo – estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. 1 ed. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, v. 1, p. 97 – 109.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”.** In: _____. *Constitucionalismo e história do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, pp. 207-247.

_____. **Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. **In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism.** Disponível em: <http://lawreview.law.uiuc.edu/publications/2000s/2004/2004_3/Chemerinsky.pdf>. Acesso em 15 jul. 2015.

CLAYTON, Cornell W. **The Supreme Court and Political jurisprudence: new and old institutionalisms.** In: _____. GILLMAN, Howard (Coord.). *Supreme Court Decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: Chicago University Press, 1999.

CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Coord.). **Supreme Court Decision-making: New Institutional approaches.** Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1999.

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.** SSRN, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2509541>>. Acesso em 05 set. 2016.

DURHAM, Eunice. **Movimentos sociais: a construção da cidadania.** In: *Novos Estudos Cebrap*. N. 10. São Paulo, out. 1984, pp. 24-30.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014a.

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014b.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

EPP, Charles R. **La revolución de los derechos: abogados, activistas y cortes supremas em perspectiva comparada**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. CRUZ, Gabriel Soares. **Levando a Constituição para além das Cortes: uma análise crítica das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal a partir da teoria do constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman**. In: FREITAS, Lorena de Melo. GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (Coord.). *Teoria do direito e realismo jurídico*. Organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Tema: Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade - Florianópolis: CONPEDI, 2015. ISBN: 978-85-5505-136-4.

_____. **Os Passos da Hermenêutica: Da Hermenêutica à Hermenêutica Filosófica, da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional e da Hermenêutica Constitucional à Hermenêutica Constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito**. In: _____. (Org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 01, p. 7-101.

FISS, Owen. **The right degree of independence**. In: STOTZKY, Irwin P. *Transition to democracy in Latin America: the role of the judiciary*. San Francisco: Westview Press, 1993, pp. 55-72.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook)

_____. **The politics of judicial review**. *Texas Law Review*, Vol. 84, pp. 257-337, 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328>. Acesso em 31 mar. 2015.

_____. **Mediated popular constitutionalism**. 101 Mich. L. Rev. 2596, 2003. Disponível em: < http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-mediatedpop_5876E725-1B21-6206-6053A93E6A8A0C13.pdf>. Acesso em 05 jul. 2015.

FRY, Peter. **Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. **Relatório ICJBrasil – 1º Semestre/2016**. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/10/Relatorio_ICJ_1SEM2016_v3_Rev.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. **Judicial reputation: a comparative theory**. Chicago: Chicago University Press, 2015.

GILLMAN, Howard. **The Court as an idea, not a building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-making**. In: CLAYTON, Cornel W. GILLMAN, Howard (Coord.). *Supreme Court Decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: Chicago University Press, 1999.

GOHN, Maria da Glória. **Nova teoria dos Movimentos sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

_____. **500 anos de lutas sociais no Brasil: movimentos sociais, ONGs e terceiro setor**. Rev. Mediações, Londrina, v. 5, n. 1, jan./jul. 2000, pp. 11-40.

_____. **História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros**. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HELMKE, Gretchen. RIOS FIGUEROA, Julio. **Introducción**. In: _____. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 10 Jul. 2016.

Instituições políticas perdem ainda mais a confiança dos brasileiros. **Ibope**. 30 jul. 2015. Disponível em: < <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Instituicoes-politicas-perdem-ainda-mais-a-confianca-dos-brasileiros.aspx>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional identity**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

Juiz de Goiás anula mais um casamento homossexual no Estado. **Terra**. 2 de jul. 2011. Disponível em:< <https://noticias.terra.com.br/brasil/juiz-de-goias-anula-mais-um-casamento-homossexual-no-estado,9cfa0970847ea310VgnCLD200000bbccceb0aRCRD.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

KAPISZEWSKI, Diana. **Arbitro de conflitos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición**. In: HELMKE, Gretchen. RIOS FIGUEROA, Julio. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

KRAMER, Larry. **The people themselves – popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LARKINS, Christopher M. **Judicial Independence and democratization: a theoretical and conceptual analysis**. *American Journal of Comparative Law*, n. 44, 1996, pp. 605-626.

LAURIANO, Carolina. Duarte, Nathália. Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais. **G1**. Rio de Janeiro. São Paulo. 29 abr. 2011. Disponível em:< <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html>>. Acesso em 20 set. 2016.

MACRAE, Edward. **A Construção da igualdade: identidade sexual e política no Brasil da “abertura”**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009. Disponível em:< <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/205/173>>. Acesso em: 10 set. 2015.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

_____. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008, (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9).

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. Ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

_____. **Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash**. Yale Law School: Faculty Scholarship Series, 2007. Paper 169. Disponível em:<

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F169&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em 09 dez. 2015.

RESTREPO, Ricardo Sanín. HINCAPIÉ, Gabriel Méndez. La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. In. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, San Luis Potosí, México, ano IV, n. 8, jul./dez. 2012.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. **Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity: an introduction**. 14 *Cardozo L. Rev.* 497, 499, 1993.

SANTOS, Bárbara. **Teatro do Oprimido: raízes e asas – uma teoria da práxis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ibis Libris, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIEGEL, Reva B. **Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional change: the case of the fact ERA**. Faculty Scholarship Series. Paper 1097, 2006. Disponível em:<

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1097&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em 10 jul. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. **Incompletely theorized agreements in constitutional law**. The Law School. The University of Chicago. Public Law and Legal Theory Working Paper n. 147, 2007. Disponível em:< <https://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. **Foreword, The Supreme Court, 1995 Term: Leaving Things Undecided**. *Harvard Law Review*, 1996. Disponível em SSRN:<<http://ssrn.com/abstract=10256>>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; U Chicago Public Law Research Paper No. 28. Jul. 2002. Disponível em SSRN:<<http://ssrn.com/abstract=320245>>. Acesso em 20 jun. 2015.

Suprema Corte dos EUA reconhece a legalidade do casamento gay. **Carta Capital**. 26 jun. 2015. Disponível em:< <http://www.cartacapital.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reconhece-legalidade-do-casamento-gay-2484.html>>. Acesso em 19 dez. 2016.

TILLY, Charles. **Social Movements, 1768 – 2004**. London: Paradigm Publishers, 2004.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VAGGIONE, Juan Marco. **Families beyond heteronormativity**. In: *Gender and sexuality in Latin American – Cases and decisions*. Ius Gentium. Comparative Perspectives on Law and Justice. Heidelberg: Springer, 2013, pp. 233 – 277.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2003.

_____. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WILSON, Francis G. **Concepts of public opinion**. *The American Political Science Review*. Vol. XXVII, n. 3, Jun. 1993.