

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A ÚLTIMA PALAVRA E
DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS OU ENTRE A AUTONOMIA E
ALTERIDADE***

**SUPREME COURT: BETWEEN THE LAST WORD AND
INTERINSTITUTIONAL DIALOGUES OR BETWEEN AUTONOMY AND
ALTERATION**

Álvaro Ricardo de Souza Cruz**

Frederico Garcia Guimarães***

RESUMO: Os últimos cinquenta anos da jurisdição constitucional brasileira tem uma história que é claramente pendular, indo de posturas francamente ativistas para outras indubitavelmente autocontidas. É, então, com relação a esse período que se pretende fazer uma breve digressão no presente artigo. Para tanto, começamos nossa análise de forma tópica, a partir do exame do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 845.779/SC, que suspende um total de 678 processos. Essa causa coloca na lide André dos Santos Fialho ou Ama Fialho e a empresa Beiramar Shopping Center Ltda. A primeira foi representada pelo Núcleo de Prática Jurídica de Saúde de Santa Catarina. Pela repercussão do tema, uma série de Associações ligadas à defesa de gays, lésbicas e transexuais foi admitida como amicus curiae. O caso é simples, pois, Ama Fialho, a despeito de se identificar como mulher, sendo um transexual, foi impedida pelos seguranças do Shopping Center de entrar no banheiro feminino para se aliviar. A despeito de humilhada em público, procurou lojas que disponibilizassem banheiros particulares, sofrendo reiteradas humilhações públicas. Nervosa e desesperada, ela acabou fazendo suas necessidades em suas próprias roupas. E, nesse estado, tomou transporte público até sua moradia. Ajuizou ação de indenização por danos morais, sendo vencedora em primeira instância. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de

* Artigo recebido em 14.11.2016
Artigo aceito em 20.12.2016

** Professor da Graduação e da Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador da República em Minas Gerais. Mestre em Direito Econômico e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Vice-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Constitucional. Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica/MG. Coordenador das 1º e 3ª Câmaras da ordem constitucional e da ordem econômica na PRMG. Belo Horizonte – MG. **E-mail:** mamorim@prmg.mpf.gov.br

*** Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador extensionista do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP – da PUC/Minas. Advogado militante na região metropolitana de Belo Horizonte. Belo Horizonte – MG. **E-mail:** freitasfilho.roberto@gmail.com



Santa Catarina considerou que o “pequeno incômodo” que Ama sofrera seria incapaz de ser traduzido como um dano moral capaz de ressarcimento

Palavras chave: Supremo Tribunal Federal, Diálogos Interinstitucionais, Interpretação Constitucional.

ABSTRACT: The last fifty years of Brazilian constitutional jurisdiction have a history that is clearly pendular, ranging from frankly activist to undoubtedly self - contained. It is then, in relation to this period, that we intend to make a brief digression in this article. To do so, we begin our analysis in a topical way, from the examination of the Extraordinary Appeal with General Repercussion n. 845,779 / SC, which suspends a total of 678 cases. This case puts in the order André dos Santos Fialho or Ama Fialho and the company Beiramar Shopping Center Ltda. The first one was represented by the Center of Legal Practice of Health of Santa Catarina. By the repercussion of the subject, a series of Associations related to the defense of gays, lesbians and transsexuals was admitted like amicus curiae. The case is simple, because Ama Fialho, despite identifying herself as a woman, being a transsexual, was prevented by the security guards at the Shopping Center from entering the women's room to relieve herself. In spite of being humiliated in public, it looked for stores that made available private bathrooms, suffering repeated public humiliations. Nervous and desperate, she ended up doing her needs on her own clothes. And in that state, he took public transportation to his house. She filed an action for compensation for moral damages, being the winner in the first instance. However, the Court of the State of Santa Catarina considered that the "little annoyance" that Ama had suffered would be incapable of being translated as a moral damage capable of reimbursement.

Keywords: Supreme Court, Intergovernmental Dialogues, Constitutional Interpretation

I Introdução

Os últimos cinquenta anos da jurisdição constitucional brasileira tem uma história que é claramente pendular, indo de posturas francamente ativistas para outras indubitavelmente autocontidas. É, então, com relação a esse período que se pretende fazer uma breve digressão no presente artigo. Para tanto, começamos nossa análise de forma tópica, a partir do exame do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 845.779/SC¹, que suspende um total de 678 processos. Essa causa coloca na lide André dos Santos Fialho ou Ama Fialho e a empresa Beiramar Shopping Center Ltda. A

¹ O andamento do processo pode ser visualizado pelo endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>.



primeira foi representada² pelo Núcleo de Prática Jurídica de Saúde de Santa Catarina. Pela repercussão³ do tema, uma série de Associações ligadas à defesa de gays, lésbicas e transexuais foi admitida como *amicus curiae*. O caso é simples, pois, Ama Fialho, a despeito de se identificar como mulher, sendo um transexual, foi impedida pelos seguranças do Shopping Center de entrar no banheiro feminino para se aliviar. A despeito de humilhada em público, procurou lojas que disponibilizassem banheiros particulares, sofrendo reiteradas humilhações públicas. Nervosa e desesperada, ela acabou fazendo suas necessidades em suas próprias roupas. E, nesse estado, tomou transporte público até sua moradia. Ajuizou ação de indenização por danos morais, sendo vencedora em primeira instância. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina⁴ considerou que o “pequeno incômodo” que Ama sofrera seria incapaz de ser traduzido como um dano moral capaz de ressarcimento⁵.

O presente artigo irá se centrar na apreciação de três Ministros, a saber: Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, deixando para o final do texto a análise do voto do Ministro Luiz Edson Fachin⁶. O Ministro Luís Roberto, após apresentar a diferença entre sexo, gênero e orientação sexual, considerou a designação pessoal do sexo um ato circunscrito à esfera da autonomia privada de cada um, o que tem resguardo no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à igualdade. Nem o Estado e tampouco a sociedade poderiam interferir na esfera da intimidade do ser humano.

² A identificação do gênero gramatical dos transexuais é uma grande discussão hoje, sendo que em diversos momentos do julgamento os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, bem como os três advogados que realizaram sustentação oral, mencionavam o nome de André dos Santos Fialho, que se denomina Ama dos Santos Fialho, mas a identificando como gênero feminino. Em respeito ao reconhecimento dela como mulher, no presente trabalho ela será considerada como tal. Vale ainda lembrar que para alguns casos, como os dos transexuais ou tantos outros o que se tem verificado em diversas manifestações no mundo social é o uso da letra X em que se identifica como um gênero indefinido, mas mesmo assim ficamos com a opção apresentada.

³ O voto do Ministro Luís Roberto Barroso que reconheceu a Repercussão Geral pode ser visualizado no seguinte link do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>.

⁴ O andamento processual pode ser verificado através do endereço eletrônico oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120193041>.

⁵ Na íntegra o r. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000LIGB0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4466814&pdf=true>

⁶ A íntegra do julgamento pode ser assistida através do canal do STF junto ao youtube.com através do seguinte endereço eletrônico: https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57_Ku6c



Entendeu essa designação como uma manifestação expressa do direito fundamental da intimidade de cada um. Chegou mesmo a interromper tanto o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Luiz Fux, que consideravam a necessidade de eventual ponderação de valores de mulheres e meninas de ter sua intimidade devassada por um homem “disfarçado” de transexual que pretendesse extravasar sua tara. Para ele – Ministro Barroso –, esse mecanismo hermenêutico era absurdo, pois então esse homem estaria a praticar um crime, sendo, pois incabível qualquer tipo de ponderação de valores⁷. Ele, forte em Dworkin, entendia o direito fundamental como uma “questão de princípio”, ou seja, um trunfo incontestável eventualmente com a vontade de uma maioria conservadora que pudesse se sentir incomodada com essa situação. Era, pois, dever da Corte, quando houvesse risco de interdição ao respeito de direitos fundamentais por ação de guetos minoritários do Parlamento, exercer seu papel contra representativo e, com isso, garantir a higidez de um direito fundamental.

A manifestação oral do Ministro Luiz Fux, por sua vez, adotou linha distinta de argumentação. Em seu sentir, a Repercussão Geral do caso demandava uma reflexão mais refinada. E, isso se dava, pois o caso exprimiria um “desacordo moral razoável” no seio da sociedade. Em sua opinião, forte nas premissas do minimalismo constitucional de Cass Sunstein, uma postura de *self restraint* em deferência à ação do Poder Legislativo seria recomendada pela prudência. Pediu, pois, vista do caso!⁸

Muito bem, consideramos esse embate uma metonímia dos últimos 50 anos de jurisdição constitucional no Brasil. De um lado, um Ministro crente nas virtudes do Direito como Integridade, visto por seus pares como um “juiz heroico”, adepto do ativismo judicial⁹. É, pois, um juiz tipicamente liberal, forte nos pressupostos da iluminação Kantiana em torno da universalidade dos direitos. Do outro, um Ministro crente nas virtudes do Minimalismo Judicial, arrogando a si a condição de um

⁷ Os debates podem ser visualizados no endereço eletrônico acima.

⁸ A fala do Ministro Luiz Fux pode ser observar no final do vídeo constante no endereço eletrônico acima.

⁹ A teoria de Ronald Dworkin não pode ser entendida como uma “carta branca” ao ativismo judicial, assim como o minimalismo de Sunstein tampouco pode ser compreendido como uma “ode” ao passivismo. Ambos são críticos dessas posturas. Contudo, o Brasil sempre foi e continua sendo a “Terra do sincretismo Teórico”. E, desse modo, tais autores têm sido “lidos” dessa maneira, ou seja, Dworkin como um autor que postulasse uma leitura “livre” e “moral” da Constituição e Sunstein como um autor que retomaria de modo indireto o “passivismo moral” da era legalista/exegética.



democrata. Um juiz tipicamente conservador, genuinamente preocupado com os valores morais dominantes na sociedade circundante. Um embate entre Hércules e Burke: Uma síntese da nossa Jurisdição Constitucional! Assim, convidamos ao leitor para uma pequena digressão na história do nosso constitucionalismo.

II Movimento de Negação do Direito e os Anos de 1960

É de conhecimento do leitor a descontinuidade de nossa democracia e seus reflexos operacionais no Supremo Tribunal Federal. Não precisamos lembrar os reflexos do Ato Institucional n. 2¹⁰ e do Ato Institucional n. 6¹¹, bem como os efeitos da Avocatória no Regime Militar.

Essa excepcionalidade do arbítrio se deu dentro de uma gramática profunda específica no Brasil. Teoricamente, a despeito de nascido na Carta de 1891, nosso controle de constitucionalidade na década de 1960 era ainda verdadeiramente incipiente se comparado com os Estados Unidos da América. A influência francesa sobre nossos publicistas ainda fazia com que, na prática, a Constituição fosse entendida mais como um documento político do que como uma norma jurídica. A inclusão de decretos econômicos, coletivos e sociais a partir da Constituição de 1934 mudaria pouquíssimo o cenário em razão da Teoria da não eficácia jurídica das “normas constitucionais programáticas” de autores como Pontes de Miranda. No plano normativo, o direito era concebido como um conjunto de regras, cabendo tão-somente a aplicação de analogia e princípios de forma subsidiária, nos termos contido na Lei de Introdução ao Código Civil de 1942¹². Desse modo, a argumentação limitava-se aos métodos dedutivos bem

¹⁰ “O regime militar, pelo AI-2, acabaria de impor a suspensão das garantias constitucionais da magistratura relativas à inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade, bem como majorava o número de Ministros do Tribunal. Ademais, consignara como único legitimado à propositura da representação de inconstitucionalidade o Procurador-geral da República que, à época, nada mais era que elemento institucional da ditadura (CRUZ, 2014, p. 307).

¹¹ Nesse Ato Institucional, além de outras determinações normativas, previu-se que os crimes de responsabilidade praticados por membros do STF seriam julgados pelo Senado Federal. Isto se deu em razão de ações por parte de alguns Ministros que julgavam casos de *habeas corpus* em que os pacientes eram os chamados “revolucionários”. Essa medida legal da Ditadura fez com que vários Ministros do STF da época se desligasse de alguma forma (CRUZ, 2014, p. 310).

¹² Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.



detalhados por Carlos Maximiliano e Emílio Betti. O modo de aplicação do Direito era a subsunção entre um fato da realidade (ser) e uma hipótese legal de incidência (deve ser), na melhor lição de Geraldo Ataliba.

Na época, dentre as virtudes da magistratura, encontrava-se a Autocontenção Judicial. Como “boca da lei¹³”, o papel judicante era essencialmente o de “cognição” da norma, eis que as possibilidades de seu papel discricionário no ato de decisão, tal qual preconizado por Kelsen, era “alguma coisa” muito afastada de nossa realidade. Num contexto em que o formalismo jurídico predominante ainda se remetia ao pensamento de Montesquieu, consolidou-se a noção inicial do que entendemos por ativismo judicial no Brasil. Para tanto, lembramos que Montesquieu assumiu haver uma distinção fundamental entre a atividade volitiva do Estado (a legislação) e a cognitiva (Executivo e Judiciário). Nesse sentido, o Judiciário não poderia se intrometer primeiramente na definição de políticas públicas fixadas normativamente (Legislativo) e posteriormente colocados em prática pelo Executivo. Assim, nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal formulou na década de 1950 uma série de atos não passíveis de revisão judicial, chamados de “*Atos Interna Corporis*”.

O rol desses “atos” foi forjado por uma série de decisões da Corte brasileira que, como vimos, levaram em consideração, praticamente, um cânone: a clássica divisão de Poderes¹⁴. A Corte demarcava com clareza as decisões que implicavam um “excesso de jurisdição”, ou seja, o reconhecimento da politização do Direito.

Essa etapa de predomínio de bases exegéticas da jurisdição brasileira, no qual o Positivismo Inclusivista (Hart)¹⁵ e o Exclusivista (Kelsen)¹⁶ eram quase um luxo, designamos de Constitucionalismo Exegético. E, por sua vez, o Jusnaturalismo era

¹³ A celebre expressão francesa “Bouche de la loi”!

¹⁴ “A ideia de um governo moderado defluiu das obras de racionalismo de Locke (1973) e de Montesquieu (1996), expressas pela concepção da divisão dos poderes do Estado. A limitação dos poderes estatais era indispensável para a garantia da liberdade individual” (CRUZ, 2014, p. 90)

¹⁵ “Particularmente em relação a Hart, isso fica muito claro quando ele admite que a regra de reconhecimento pode incorporar a conformidade com princípios morais e valores substantivos como critério de validade jurídica” (CRUZ, DUARTE, 2013, p. 31).

¹⁶ “Kelsen (1979), ao contrário, ao vislumbrar uma atividade volitiva no ato decisional, via exatamente uma liberdade concedida ao aplicador do Direito em casos tais. Logo, as lacunas jurídicas seriam meramente aparência, vez que o próprio Direito regularia mecanismos para a solução de tais problemas. [...] Para ele, a ciência do Direito teria seu objeto limitado ao fornecimento das molduras das possíveis interpretações/soluções. Contudo, certamente poderia deparar-se com situações nas quais somente a discricionariedade/subjetividade poderia solucionar a questão” (CRUZ, 2014, p. 122-123).



empregado nas decisões judiciais quase que tão-somente como figura ornamental na retórica classicista da argumentação.

Com esse cenário, dois movimentos de repúdio ao Direito se consolidaram nos anos 1950/1960. O primeiro tinha fundo marxista, o considerava como superestrutura do modo de produção econômica. Logo, o Direito jamais poderia assumir um papel emancipatório. Pelo contrário, reproduziria as relações de poder para garantir, via de sua legalidade, a “legitimidade” da exploração do homem pelo homem. Cabia ao Direito a criação de uma estrutura institucional que visava *ratio ultima* a perpetuação da dualidade de classes e, como consequência, a exploração do proletariado pela burguesia via extração da mais valia.

De outra banda, o segundo movimento de negação do Direito teve sustentação na obra de Michel Foucault, pois sua arqueologia do saber ampliava as relações panópticas de poder. Sua filosofia estruturalista (?)¹⁷ concebia as relações humanas pela demarcação vinculante entre os seres humanos. Mesmo relações de afeto, marcadas pelo sentimento de doação genérico, como o amor materno, eram traduzidos pela imposição de regras e limites de convivência¹⁸. O saber gera o poder que dociliza o corpo tanto do opressor quanto do oprimido no movimento de opressão. Uma engrenagem estrutural que depõe o sujeito. Uma genealogia do poder que retira toda a esperança de que o Direito tenha um caráter emancipatório.

¹⁷ Há uma discussão sobre ser o filósofo francês Michel Foucault um representante do estruturalismo ou não. Há corrente que adota a ideia de que realmente ele se enquadra nessa classificação. No entanto, é forte ainda junto aos estudiosos que ele deva ser considerado um pós-estruturalista juntamente com o Gilles Deleuze e Jacques Derrida, formando um trio de filósofos denominados “rebeldes” que questionaram o próprio estruturalismo de Jean Paul Sartre e Claude Levi-Straus, construindo uma perspectiva determinada e ponto de vista específico, expondo as “políticas de transgressões”. “Foucault não será apresentado aqui simplesmente como um historiador; isso restringiria a significância de seu pensamento dentro das ideias mais amplas do pós-estruturalismo. Contudo, uma análise da importância de seu pensamento para a história e para a filosófica será uma das principais linhas da investigação. No meio de sua carreira Foucault refletiu sobre sua nova filosofia da história em relação ao estruturalismo no seu influente livro *A arqueologia do saber* (1969). Esse livro é crucial para compreender-se a relação de Foucault com o estruturalismo, uma relação que inclui temas comuns, bem como divergentes de método e de pressupostos filosóficos” (WILLIAMS, James, 2012, p. 153).

¹⁸ Michel Foucault entende que a moral seria construída a partir das *disciplinas* e dos *controles reguladores*, estatuídas pelo Estado-Nação, do século XVII até o século XVIII, período em que o Estado utilizou procedimentos de regulação para uniformizar e docilizar as populações, surge daí o biopoder. (cf. FOUCAULT, 2012, p. 152).



Não é à toa que ainda hoje somos herdeiros do preconceito do conservadorismo advindo de pessoas integrantes de áreas fora do Direito. E, não por acaso, o arbítrio do aparato da ditadura reforçava a visão que o Direito era mero aparato de reprodução do domínio burguês, fazendo com que muitos vissem como única saída a luta armada. Nesse contexto, a guerrilha urbana de Marighella e Lamarca, bem como a guerrilha no Araguaia, patrocinada pelo Partido Comunista Brasileiro, foram vistas por muitos como a única alternativa para o enfrentamento do arbítrio que se instalou no país no dia 31 de março de 1964.

III O Constitucionalismo da Efetividade Social e a Constituição da República de 1988

Nos primeiros anos da década de 1970 viu-se o esgotamento da via armada diante da escorchante repressão militar do governo de Médici. Contudo, mesmo militarmente vitoriosa, a ditadura começava a dar mostras de fraturas: setores da sociedade adotaram firme posição de resistência contra o regime militar. A Igreja Católica teve papel notável de denúncia dos crimes praticados nos seus porões. Ao mesmo tempo, artistas, intelectuais e jornalistas faziam reverberar no mundo os abusos e violações dos direitos humanos. A vitória de Itamar Franco em Minas Gerais e de Orestes Quécia em São Paulo para cadeiras no Senado Federal trouxe, pelo pacote de abril de 1977, uma feroz reação do regime militar que, dentre outras medidas, determinou a criação da figura dos senadores biônicos. Mas, a fraqueza da ditadura em termos de adesão popular começava a se materializar justamente com a fadiga do modelo econômico denominado à época de “Milagre Econômico” e pela crise da OPEP em 1973.

Se o campo político caminhava para os novos ares da democracia, faltava ao Direito um modelo alternativo ao formalismo jurídico que lhe permitisse voltar a ser uma “arena viável” de luta contra o arbítrio. Nesse contexto, a chegada da obra “Da aplicabilidade das normas constitucionais”, de autoria de José Afonso da Silva, cumpriu um desiderato de extrema importância, pois concebia o Direito como uma arena fundamental de luta para a redução das desigualdades sociais e regionais.



Cores. Tempero. Fogos de artifício. Tudo no coração de uma geração que se sentia em dívida com amigos, companheiros e irmãos que haviam caído na luta contra a ditadura. A escrita exigia o compromisso social. A pesquisa jurídica exigia agora a discussão política. Nada mais do formalismo exegético. Nada mais da objetividade positivista nos processos. O Jusnaturalismo desaguava no Jusmoralismo moderno que proclamava a faceta material da Constituição. O essencial era, pois, frisar as dimensões objetiva e subjetiva dos Direitos Fundamentais. Uma nova geração de constitucionalistas surgia em oposição ao “movimento de segregação do Direito”. Clemerson Merlin Cléve, Luís Roberto Barroso, Carmem Lúcia Antunes da Rocha, Lênio Luiz Streck e Antônio Gomes Moreira Mauês. Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pará. Nos mais diversos rincões do país nascia o que Cláudio Pereira de Souza Neto chamava de Constitucionalismo da Efetividade Social.

Esse movimento pode ser compreendido em três dimensões, quais sejam; (i) no Plano Normativo; (ii) no Plano Argumentativo e; (iii) no Plano da Teoria da Decisão. Examinar-se-á, rapidamente, cada um desses aspectos para entender o vigor e a importância da chegada desse “neoconstitucionalismo” nos anos 1980/1990 no Direito brasileiro.

No Plano Normativo, a grande novidade era a percepção de que o texto constitucional era detentor de consistência jurídica, isso é, aquilo que Luís Roberto Barroso chamava de “conferir positividade à Constituição”. A Carta não era apenas um documento jurídico, mas também passou a ser vista como *norma normarum* do ordenamento jurídico. Nesse sentido, destacou-se nesse período, não apenas o papel desempenhado por José Afonso da Silva, pelo monumental trabalho, aqui já mencionado acima, mas também a importância do conceito de Constituição Dirigente, trazido ao Brasil pela obra de Canotilho. A primeira foi importante por implicar notável superação de velhas dicotomias trazidas por Rui Barbosa, que percebia as normas jurídicas como *self enforcing* e *not self enforcing*, acrescidas da tradicional visão de Pontes de Miranda, que via os direitos sociais, econômicos e coletivos como normas programáticas, ou seja, programas políticos sem qualquer executoriedade. Agora, as normas constitucionais poderiam ser aplicadas diretamente em demandas judiciais, sem a necessidade de interveniência de normas infraconstitucionais. A segunda foi central



por perceber que o texto constitucional traria em si um conjunto de objetivos que deveriam ser urgentemente concretizados, construindo a denominada “Teoria da Dimensão Objetiva” dos Direitos Fundamentais.

De outro lado, o surgimento de um sem número de novos procedimentos judiciais, tais como o mandado de segurança coletivo, o habeas data, o mandado de injunção, bem com o a aplicação da temática de velhos institutos, tais como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança¹⁹ também contribuíram para a percepção de que o Judiciário teria agora instrumentos para moldar políticas públicas.

Para a doutrina da época, esse novo ordenamento reproduzia também um novo paradigma estatal: o Estado Democrático de Direito foi anunciado nas palavras de Ulisses Guimarães quando da promulgação da Constituição de 1988. O Executivo deveria abandonar sua faceta centralista e autoritária, que o acompanhava desde 1824. Se o país não cumpria os ideais presentes na “liberdade dos modernos”, por nunca ter verdadeiramente cumprido os pressupostos de um “Estado Liberal de Direito”, e se tampouco cumpriu as promessas do *welfare state*, pela implementação dos direitos econômicos e coletivos do “Estado Social de Direito”, agora, nesse “Estado Democrático de Direito”, o Poder Judiciário e o Ministério Público²⁰ eram as grandes

¹⁹ Art. 5º: [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...].

²⁰ O autor, em coautoria, fez recente crítica a esse “superpoder” dado do Ministério Público pela Constituição Republicana de 1988: “Em país cujas tradições republicanas são tão recentes, na qual a impessoalidade da Administração Pública é ignorada pelo marketing oficial, entendemos justificável que a população passe a acreditar em “salvadores da pátria”. Já tivemos muitos em nossa história: “um jovem e um velho Imperadores”; um “Marechal de Ferro”; um “Pai dos Pobres”; um “Peixe Vivo” que avançava 50 anos em 5; um “Caçador de Marajás”; e, mais recentemente, um “Operário d(n)a política”! Nossas esperanças já foram depositadas em várias instituições: a Igreja Católica, o Exército e o Correio. Partidos



novidades, pois eram instituições públicas capazes de cumprir as promessas desse novo Constitucionalismo. Elas poderiam atribuir juridicidade ao Texto Constitucional, ou seja, afastando a poeira e traças atreladas à concepção da Carta tão-somente como um documento político. Assim, não se cuidava apenas de reconhecê-la como uma norma jurídica, mas essencialmente de reconhecer sua cogência e executoriedade. Luiz Roberto Barroso deixava clara a pretensão de atribuir “positividade” ao Texto Constitucional, possibilitando, com isso, a sua aplicação direta e imediata em casos concretos. Mais ainda: era preciso reconhecer ao Direito Constitucional um objeto de pesquisa próprio e autônomo de modo que Poder Judiciário pudesse enfim ter um papel autoral na concretização de valores e Direitos Fundamentais.

O Judiciário passou a ser visto pelos adeptos desse “novo constitucionalismo” como um Poder que se afastava dos “costumes” populistas, típicos de regimes democráticos sul-americanos recém-saídos de ditaduras. Um Poder livre da colonização burocrática ou econômica que fartamente dominava o Parlamento poderia trabalhar para tornar os direitos sociais uma realidade. Ele representava a elite jurídica, ou seja, aquilo que havia de melhor entre nós. Na sua grande maioria, jovens, cultos e idealistas. Absolutamente comprometidos com o desejo de renovação. Com eles, tanto a justiça social quanto os direitos humanos, deixariam de ser meros programas políticos para finalmente se tornarem realidade.

Para tanto, o Poder Judiciário e o Ministério Público precisavam de uma nova “tecnologia”, pois a metodologia hermenêutica oferecida pelo Formalismo Jurídico não se prestava aos anseios daquela geração. Eis, portanto, outra mudança significativa, que aqui designamos por Plano Argumentativo. Nesse contexto, a Academia estava pronta para fornecer-lhes o desejado: novas Teorias da Argumentação!

Nomes como Neil MacCormick, Manuel Atienza Rodríguez, Friedrich Müller e Aulis Aarnio foram ventilados com enorme interesse. Contudo, dois autores se destacaram e ganharam na ocasião o coração de um enorme número de adeptos, especialmente por suas concepções “principiológicas do Direito”: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Políticos ascendem como foguetes e desceram como meteoros na credibilidade popular. Uma das instituições alçada à condição de “heroína” é o Ministério Público” (CRUZ, CORRÊA, 2015, p. 131).



Não demorou para que o método subsuntivo (casos fáceis) e a discricionariedade judicial (casos difíceis) fossem afastados. No bojo desse movimento, o Positivismo Jurídico representava o passado, ou seja, uma anacronia a ser superada pelo Jusmoralismo e pela Principiologia Jurídica.

Os juristas se deparavam com uma estrutura normativa aberta que não se coaduna com os limites estritos da subsunção²¹. Em grande medida, a abertura textual e o elevado grau de indeterminismo eram critérios morfológicos que separavam as regras dos princípios. E esses últimos não cumpriam mais apenas um papel lateral (subsidiariedade) no Direito. Pelo contrário! Eram entendidos como os elementos basilares de todo Ordenamento. Eram, pois, normas especiais que davam densidade jurídica aos valores centrais de uma sociedade, fossem eles de fundo econômico, moral, religioso ou pragmático. Todo o Ordenamento Jurídico era, pois, derivação desses pilares! As regras nada mais seriam do que o “detalhamento” do programa normativo contido nos princípios. Desse modo, tanto o aparato estatal quanto a estrutura dos Direitos Fundamentais eram um ponto de encontro, uma fusão do elemento axiológico com o jurídico no interior dos princípios.

Apesar de notórias diferenças entre seus postulados teóricos, foi absolutamente corriqueiro da parte de nossa doutrina absorvê-los de forma sincrética. Ambos anotavam a centralidade dos princípios e do campo argumentativo no âmbito da Teoria da Decisão. Ambos destacavam a importância dos Direitos Fundamentais. Entretanto, era Robert Alexy quem fornecia um instrumental mais sofisticado em termos metodológicos: uma vertente mais depurada daquilo que na Alemanha recebeu o nome de Jurisprudência de Valores²².

²¹ Por evidente, pelo menos desde Hart, o Positivismo já trabalhava com multiplicidade de sentidos semânticos de um texto normativo. Contudo, na ocasião, esse “novo constitucionalismo” associava o Positivismo às concepções da Escola da Exegese e ao Formalismo Jurídico. Seguramente um dos erros desse movimento...

²² “Da mesma forma, a “Teoria Material da Constituição”, com a Escola de Zurich, ao integrar o elemento político dos valores fundamentais de um povo numa norma jurídica, reforçou a ideia de que seria possível graduar valores, vez que apenas os mais importantes/essenciais estariam positivados no texto constitucional. Isso, obviamente, sem retornar à Tópica ou ao comunitarismo. Assim, a “Jurisprudência de Valores” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão teve origem de diversas correntes do pensamento jurídico local. A despeito da importância da teoria alexyana, é importante destacar que a mesma surge *a posteriori* dos trabalhos daquela Corte. Enquanto Alexy (2001) concebeu a Teoria da Argumentação na década de 1970, a Corte Karlsruhe já desenvolvia sua ponderação de valores desde a



Sob a influência (principalmente) dos ensinamentos de Robert Alexy, a Academia produziu dezenas de trabalhos sobre as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Alicerçado sobre bases discursivas, o pensamento do jusfilósofo de Kiel dominou a década de 1990 nas principais Faculdades de Direito do país²³.

A ideologia e a nova metodologia que a acompanhou fomentaram a certeza de que os magistrados precisavam “consertar esse país”. Os escândalos de corrupção e o *impeachment* de Collor aumentaram ainda mais a desconfiança contra o Poder Executivo. Estava, pois, pavimentado o caminho para o ativismo judicial²⁴, agora manifestado pela “judicialização da política”.

Todas as reservas clássicas sobre “atos *interna corporis*” ou sobre a “divisão de poderes” se evaporaram na cabeça dos professores, advogados, magistrados e promotores de justiça. Se as políticas públicas fossem moralmente inaceitáveis, se os atos administrativos não efetivassem a redução das desigualdades ou, ainda, se as leis não estivessem conforme a visão do Judiciário sobre a Constituição, cabia uma correção imediata!

Como vimos, a Constituição era o caminho para tudo. Em grande medida, havia uma desconfiança enorme em relação ao Ordenamento Jurídico, quase todo ele erigido no regime autoritário. Cabia agora colocar em prática a visão de José Joaquim Gomes Canotilho sobre uma Constituição Dirigente. Se, na década de 1960, essa expressão fora cunhada por Peter Lerche, ao sustentar que os textos constitucionais

década de 1950. Por conseguinte, a perspectiva de Alexy (2001) pretendeu ser um elemento corretivo de eventuais falhas da “Jurisprudência de Valores” alemã. Então, sua obra chega ao Brasil com um prestígio ainda maior, e seria, sem dúvida alguma, o expoente intelectual da corrente comunitarista brasileira, no que se refere à proposta hermenêutica de ponderação de valores” (CRUZ, 2014, p. 164).

²³ “Da mesma maneira, Alexy (1993) discrepava da Corte Constitucional alemã, vez que a ponderação de valores exigiria uma relativização de todo os direitos fundamentais, inclusive o da dignidade humana” (ALEXY, 1993, P. 108-109). “Assim, não haveria um núcleo absoluto/intangível de valores fundamentais, que compusesse uma dimensão substantiva dos trabalhos da Corte alemã. Alexy (1993), ao contrário, adotou um paradigma procedimental, ao sustentar basicamente a proteção aos direitos fundamentais ao aspecto dialógico do discurso e à racionalidade do “princípio da proporcionalidade”. Assim, ao invés de uma visão monológica, centrada no controle da subjetividade do juiz, Alexy (2001) optou por um esforço dialógico que embasaria toda a sua Teoria da Argumentação” (CRUZ, 2014, p. 170-171).

²⁴ Como sabemos, existem diferentes maneiras de se conceituar o ativismo judicial, mas nesse momento, o concebemos como prática que tornava indistinto o discurso de fundamentação (legislação) e o discurso de aplicação da norma (jurisdição).



modernos continham diretrizes que deveriam ser compreendidas como amarras ao legislador, na década de 1980, o Professor Catedrático da Universidade de Coimbra²⁵ ampliou essa percepção para todos os Poderes estatais, especialmente para o Executivo e o Judiciário. A recepção dessa “ideia de força” no Brasil criou na Academia a perspectiva de que seria possível transformar a sociedade pela ação dos magistrados e dos membros do Ministério Público. O país era rico. Se havia riqueza e a maior parte da população não tinha o menor acesso, cumpria ao Judiciário implementar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Luís Roberto Barroso aponta diversas razões que conduziram ao fenômeno da judicialização da política. Dentre outros que já mencionamos, encontramos: a) um novo desenho institucional da Corte que teve ampliada a Jurisdição Constitucional, seja pela ampliação do rol de instituições aptas à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, seja como as possibilidades materiais/substantivas. Lembramos que no regime militar o único legitimado era o Procurador-Geral da República, cargo de livre nomeação e demissível *ad nutum* pela Presidência da República; b) democratização que exigia o reconhecimento do Judiciário e em especial do STF, como instância de poder, forte no pressuposto de que o Estado Democrático de Direito se estrutura em aspirações liberais do artifício da clássica tripartição de poderes.

É bem verdade que os instrumentos processuais e hermenêuticos eram novos. Era preciso tatear para conceber a distinção entre direitos difusos, direitos individuais homogêneos e heterogêneos. Era novidade a inversão do ônus probatório em matéria consumerista, bem como fixar o foro para a propositura de ações civis públicas. Na ausência de previsão legal sobre seu procedimento durante anos foi preciso aplicar analogicamente a legislação do mandado de segurança para implementar o *habeas data* e, de outro lado, o procedimento do Mandado de Segurança individual para implementar tanto o Mandado de Segurança Coletivo quanto o Mandado de Injunção.

Deve-se tem em mente que essa caminhada não foi linear e que tampouco esteve livre de objeções ou percalços. Nesse sentido, afigura-se curiosa a postura autocontida da Corte nos dez primeiros anos que se seguiram à promulgação da

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.



Constituição. Ora, resta evidente que as mudanças nas dimensões normativa, argumentativa e decisional já estavam à disposição dos Ministros desde 05 de outubro de 1988. Contudo, os primeiros anos após a promulgação da CF/88 mostraram empiricamente um conjunto de decisões claramente restritivas. Podemos exemplificar, desde já, pelo modo pela qual o STF tratou o controle de concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, a Corte restringiu o rol de legitimados pela criação da dicotomia entre legitimados universais e relativos. Simultaneamente, recusou-se a reconhecer o interesse de agir fora a apreciação da incompatibilidade de atos normativos pretéritos à Carta (inconstitucionalidade superveniente). A Corte reconheceu que o controle entre normas anteriores à Carta se daria com fundamento no plano da vigência (revogação) e não na dimensão da hierarquia normativa (validade), interditando a apreciação de tais questões via ação direta de inconstitucionalidade. Pela mesma maneira, inutilizou o instrumento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ao fixar que sua decisão nada mais seria do que uma “mera” notificação aos demais Poderes. “Notificação” sem qualquer efeito coercitivo, seja jurídico ou moral, distinto do que ocorria com o “Apelo ao Legislador” na Corte Alemã.

Na via difusa, o primeiro revés se deu em torno dos Efeitos do Mandado de Injunção. Seus efeitos decisoriais se limitavam a um apelo (inócuo) ao legislador, sem qualquer valor coercitivo em função ainda do predomínio da divisão clássica dos poderes no imaginário dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O que explicaria essa autocontenção da Corte? Por que ela não adotou na primeira década após a promulgação da CF/88 uma postura mais proativa? A hipótese vem da cátedra de Barroso:

O constituinte de 1988 tomou sem maior debate político, a decisão grave de manter como integrantes do STF todos os Ministros que haviam sido investidos no Tribunal pelos governos anteriores. Vale dizer: sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos dos juízes que lá tinham assento, a Corte de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se operava no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca sua vontade para com algumas inovações. (BARROSO, 2001, p.24).



A hipótese de que o passivismo tenha ocorrido por conta de uma continuidade da “mentalidade” formalista dos Ministros em termos argumentativos e decisoriais afigura-nos bastante razoável.

De um lado, eram Ministros que conheciam razoavelmente a história de “ataques institucionais” sofridos pela Corte em seu período republicano. E eles não foram poucos! Dentre eles elencamos: a) a alteração do número de Ministros, tais como nos atos do Governo Provisório logo após a Revolução de 1930: o Decreto n. 19.656 de 03.02.1931 reduziu de 15 para 11 a composição da Corte e o Decreto n. 19.711 de 18.02.31 aposentou compulsoriamente seis Ministros e o Procurador Geral da República. Outro exemplo vem dos Atos Institucionais n° 02 de 27.10.1965 que aumentou o número de 11 para 16 e o de n. 06 de 01.02.1969 que determinava o retorno à composição anterior de 11. Não precisamos destacar que ambas as ações visavam a docilização da Corte; b) a suspensão das garantias dos magistrados gerada pela Carta de 1937, em especial a prerrogativa do governo de decretar a aposentadoria compulsória dos juízes (artigo 177) e pelos Atos Inconstitucionais n. 02 e 05, que suspenderam por seis meses as garantias de vitaliciedade e de estabilidade; c) a possibilidade do Parlamento negar cumprimento de decisões da Corte, também albergada pelo artigo 96, parágrafo único da CF/37; d) o não preenchimento de cadeiras vagas no STF como expediente de pressão exercido pelo governo Floriano Peixoto; e) o descumprimento pelo Executivo de ordens judiciais, tanto no conhecido caso do Vapor Júpiter quanto no incidente da Revolta da Armada, quando Floriano Peixoto determinou a expedição de Decreto de Expulsão de seus adversários com data retroativa, de modo a descumprir decisão do STF. Poderíamos acrescentar nessa lista, tanto aspectos de dotação orçamentária da fixação dos vencimentos dos magistrados, como elementos de “ataques institucionais” que a Corte brasileira viu-se submetida desde então. Bom exemplo foi o Decreto n. 20.106 de 13.06.1931, que determinou a incidência de impostos, taxas e contribuições em geral sobre os vencimentos da magistratura, alterando entendimento anterior que sustentava a garantia da irredutibilidade subsídios; f) a exclusão de matérias à apreciação judicial, tal como a Ato Institucional n. 03/66 que vedou ao Judiciário julgar qualquer prática fundada nos atos institucionais.



Nesse sentido, sugerimos haver uma combinação de elementos que explicam a inércia da Corte em se “empoderar” do desenho institucional trazido pela promulgação da CRF/88: pelo lado da “razão”, havia riscos evidentes da recente democratização e, por outro lado, ou seja, do “inconsciente dos Ministros”, pelo seu “automatismo” burocrático, que durante anos empregaram técnicas formalistas de interpretação sem querer dar um passo além nessa questão.

Esse “não empoderamento” do STF constitui um fenômeno notável em nossa história, sempre marcada pelo patrimonialismo e pelo corporativismo de nossas estruturas institucionais. Ou seja, em regra, todo vácuo de poder é ocupado com voracidade por nosso aparato burocrático. Essa postura minimalista dos primeiros dez anos da Corte pós CF/88 nos afigura como uma exceção, uma descontinuidade no patrimonialismo de nossa burocracia.

Ao final da década de 1990 assistiu-se ao surgimento de novos óbices, pois, as dificuldades passaram ao campo político. As cada vez mais frequentes interferências judiciais tornavam o orçamento público inadministrável. Qualquer planejamento público se submetia ao risco de descumprimento pelo desvio de recursos por força de decisões judiciais. Diretores de hospitais se viam compelidos a “arrumar” individualmente leitos de hospitais para abrir vagas para pacientes albergados por mandados judiciais. Farmácias básicas de Prefeituras se viam desfalcadas pelo atendimento de verbas vultuosas a casos isolados. A finitude tanto de recursos orçamentários quanto de bens não monetários, como, por exemplo, órgãos para doação e transplante, fizeram com que a Advocacia Pública comesse a importar argumentos que contraditassem a ideologia ativista. Entre eles, citamos particularmente o conceito de Reserva do Possível²⁶ que passava a digladiar com a noção de Mínimo Existencial²⁷.

²⁶ “[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos” (BARCELLOS, 2002, p. 236).

²⁷ “Direitos integrantes desse mínimo existencial acabam, a partir dessa posição da corte, por aferir aos indivíduos um direito positivo contra o Poder Público no que tange aos serviços sociais que asseverem a dignidade da pessoa humana, sendo que ‘a violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de



De todo o modo e em grande medida, as primeiras instâncias do Judiciário permaneceram impermeáveis a argumentos de fundo pragmático, pois entendiam que vida e dignidade humana eram valores que não poderiam ser contrastados por aspectos de escassez de bens.

Todavia, a entrada de novos Ministros veio paulatinamente mudar também a postura do STF. E, na primeira década do século XXI, a difusão da técnica argumentativa da Ponderação de Valores explicitada pelo sopesamento de pesos entre a dignidade humana e o orçamento, trouxe cores especiais para a jurisdição no Brasil. Em primeiro lugar, tornou-se sinônimo de modernidade. Até hoje, o Princípio da Proporcionalidade é mencionado em Congressos de Direito Administrativo como sinônimo de avanço da Ciência Jurídica.

A proibição do excesso ou da insuficiência protetiva tornaram-se argumentos usuais no Tribunal. Todavia, o argumento de proporcionalidade tornou-se rapidamente uma peça de ornamento do discurso jurídico de juízes e advogados mencionar as três etapas da ponderação, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade. Em grande medida, o desconhecimento teórico da obra de Alexy, tornou a “ponderação de valores” em nada mais do que uma fábula retórica que dava vazão aos impulsos Jursnaturalistas da subjetividade judicial. Em segundo lugar, pela aplicação absurda de um sincretismo teórico: falava-se em ponderação de princípios, mas ao mesmo tempo, empregava-se um conceito como normas jurídicas como sinônimo de normas basilares do ordenamento jurídico. Teorias forte e fraca da acepção de princípios eram empregadas de modo indistinto. Pior ainda: decisões judiciais fundiam teorias externas e internas dos Direitos Fundamentais. Nesse cenário de horrores (acadêmicos) Proporcionalidade tornou-se sinônimo de Igualdade ou de Razoabilidade²⁸.

inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’” (BREUS, 2007, p. 233-234).

²⁸ “Outra divergência que nos afasta de Alexy é sua concepção de direitos sociais. Aqui, a divergência guarda particularidades. É preciso reconhecer que ele sempre deixou claro que sua proposta sobre direitos fundamentais era ligada à dogmática do direito alemão. Assim, sua concepção se reservava a uma comunidade jurídica específica. No entanto, isso não o tem impedido de expor sua visão pelo mundo, inclusive no Brasil. Tampouco tem impedido a formação de significativo número de adeptos aqui. Dessa maneira, nesse contexto de ser levada em conta a presente objeção. Alexy observa haver evidente dificuldade para considerar como fundamentais os direitos sociais em razão do problema da



No alvorecer do século XXI uma nova geração de juristas ligados ao pensamento do jusfilósofo de Kiel começaram a se escandalizar com a forma do emprego de sua Ponderação de Valores. Anotavam abusos e impropriedades que abrigavam tão-somente a discricionariedade e voluntarismo judiciais para fins de modificação/sustentação de políticas públicas. Destacamos aqui a cátedra de Daniel Sarmento²⁹, Luís Virgílio Afonso da Silva³⁰, Thomas da Rosa Bustamante³¹ e José Adércio Leite Sampaio³² na denúncia dessa desabusada “incorporação” nos argumentos pelo nosso Judiciário.

Contudo, em nosso sentir, as reações mais fortes vieram do Paraná e de Minas Gerais, fundamentalmente em torno do terceiro plano do constitucionalismo da efetividade social, qual seja: o Plano Decisional. Pautados em Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e em Klaus Günther, juristas do escol de Menelick de Carvalho Netto, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, José Luiz Quadros de Magalhães e Bernardo Gonçalves, em Minas Gerais, e Katya Kozicki e Vera Karam Chueiri no Paraná, dentre outros, escandalizaram-se com a politização explícita do discurso jurídico promovida pela implementação de algumas técnicas decisórias. Algumas com caráter normativo, tais como sentenças que adicionavam elementos tipológicos da norma ou que os substituíam. Assim, não se tratava mais de redução dos elementos tipológicos, como se vê em “Sentenças de Interpretação Conforme” ou de “Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto”. Eram, pois, sentenças de fundo aditivo ou substitutivo. Tais sentenças traziam “adições”, seja pelo emprego da analogia, seja pela simples “transformação” da decisão judicial em provimento legislativo. As

judicialização. Seriam, pois, muito mais elementos de políticas públicas do que propriamente pretensões subjetivas capazes de consolidar uma obrigação jurídica, tal como se pode fazer com os direitos individuais? Para Alexy, estariam situados no nível de direitos a postular prestações positivas do Estado que se colocariam junto de direitos e proteção e direitos a organização e procedimentos, denominando-se direitos a prestações em sentido estrito” (CRUZ; GUIMARÃES, 2015, p. 134).

²⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (org.). **Direitos Sociais Fundamentais, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

³⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: ed. Malheiros, 2009.

³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem**: a Teoria do Discurso e a Justificação. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2005.

³² SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia constituição e realidade. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 741-823, jan./jun. 2003.



sentenças aditivas por emprego de “analogia” eram admitidas como legítimas. Dentre elas podemos citar decisões que ampliavam as hipóteses legais para o levantamento do FGTS para portadores do vírus HIV (REsp. n. 249.026/PR), para garantir o direito ao silêncio para indiciados e réus não presos (HC n. 79.812/SP), para estender o direito de greve aos servidores públicos (MI ns. 670/ES e 708/DF), para estender a aposentadoria especial para os servidores públicos (MI n. 758/DF). Contudo, em outras oportunidades, não havia sequer essa possibilidade e, então, viu-se exercício puro do Supremo Tribunal Federal de um discurso meramente “legislativo”, tal como na criação de uma nova hipótese de perda de mandato eletivo, qual seja, por infidelidade partidária, sem previsão na legislação eleitoral ou na Constituição (MS n. 26.602-3/DF).

Ao lado das sentenças normativas encontramos as sentenças transitivas, conhecidas assim por que, de alguma maneira, implicam uma transação com o postulado da “supremacia da Constituição”. Dentre elas podemos citar a “decisão de calibração do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade quando embasada no fundamento de conveniência ou oportunidade”. Essa decisão ocorre da seguinte maneira: o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei. Essa, por sua vez, havia revogado a vigência da outra. Teoricamente o reconhecimento de nulidade da lei revogadora deveria trazer eficácia para a lei revogada. E, de um modo geral, o efeito repristinatório desse ato que fora revogado deve ser expresso na decisão. Todavia, a Corte pode deixar de aplicar esse efeito sob dois argumentos: (i) o primeiro seria o reconhecimento de que o efeito não se procederia pela razão de que a norma revogada padece do mesmo vício de inconstitucionalidade declarado quando da nulidade do ato normativo revogador; (ii) o segundo implica a não incidência do efeito repristinatório tão somente por juízo de conveniência ou oportunidade da Corte. Nesse caso, reconhece-se aqui que a Corte passa a escancarar uma justificativa de fundo pragmático, típico de uma jurisdição de resultados, afastada de qualquer código deontológico, fazendo com que o discurso de aplicação se torne discurso de Fundamentação do Direito. Em outras palavras, o Judiciário estaria assumindo o papel de legislador positivo e violando o postulado da Supremacia da Constituição.

Paranaenses e mineiros tinham a exata noção de que tanto o ativismo quanto o passivismo judicial possuem aspectos positivos e negativos. Sua dimensão positiva seria



aquela tendente a proteger Direitos Fundamentais e garantir a supremacia da Constituição em especial na garantia de que valores procedimentais/substantivos mantivessem hígidos a autonomia privada e o autogoverno. Em nosso sentir, o STF avançou significativamente em torno da tutela de Direitos Fundamentais de minorias, e nesse ponto colocamos em destaque, dentre outras decisões: (i) a ADPF 54/DF que permitiu a interrupção de fetos anencefálicos; (ii) a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil (ADPF 132/DF)³³; (iii) o reconhecimento de que a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, incluídas as de antissemitismo (HC 82.424).

Por outro lado, sua faceta negativa manifestava-se justamente pelo emprego de uma racionalidade política³⁴, seja pela atuação nos moldes de um Poder Constituinte Anômalo que tornava a Corte um superego da sociedade, seja pela desconsideração injustificada e não fundamentados de precedentes judiciais. A declaração de inconstitucionalidade das cláusulas de barreira partidária (ADI 1351/DF e ADI 1354/DF). A recente decisão que relativizou a presunção de inocência (HC 126.292/DF); o decreto de prisão do Senador Delcídio do Amaral (AC 4039/DF) sem observância das hipóteses constitucionais e a suspensão do exercício do mandato eletivo do Deputado Federal Eduardo Cunha (AC 4070/DF), também sem qualquer previsão constitucional, são exemplos de ativismo desmesurados da Corte.

O inverso se aplicaria ao passivismo. Optar pelo *self restraint* diante de leis que ofendessem a supremacia da Constituição ou que violassem o regime democrático ou os Direitos Humanos implicaria um passivismo nocivo. Nesse sentido, manter decisões diante de opções deliberadas pela maioria Parlamentar tomadas no espectro das possibilidades conferidas pela Constituição afigurar-se-ia claramente um passivismo

³³ Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz; MARCONTEs, Thereza Cristina Bohleu Bitencourt. Ativismo judicial e a decisão dos homoafetivos no Supremo Tribunal Federal. In: ALVES, Cândice Lisboa (org.). **Vulnerabilidades e invisibilidades**: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2015, p. 167-193.

³⁴ Em nossa opinião o ativismo judicial materializa-se sempre por discursos com fortes conotações do consequencialismo. Nesse sentido, argumentos de fundo pragmático e utilitaristas dominam de um modo geral aquilo que o torna o STF em um “Poder Legislativo (Constituinte) anômalo”. Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SALDANHA, Fernanda Monteiro. Por uma interpretação não utilitarista do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, WYKROTA, Leonardo Martins (Org.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. vol. 1. Belo Horizonte: ed. Arraes, 2015. p. 52-113.



positivo. A lição vinha de Ronald Dworkin: nem ativismo, nem tampouco passivismo. A virtude estava na integridade da decisão³⁵.

Inegavelmente essas objeções eram de fundo argumentativo e decisional. Desconfiava-se do alcance e legitimidade da ponderação de valores trazidos pelos adeptos de Robert Alexy e do alarido progresso advindo das sentenças intermediárias do controle de constitucionalidade, tão do agrado do Ministro Gilmar Mendes, enorme entusiasta da jurisprudência tedesca. Desconfiava-se do fenômeno descrito por Oscar Vieira Vilhena de supremocracia ou que Ran Hirschl descrevia como juristocracia.

No entanto, estava evidente que os padrões de avaliação desse ativismo eram de fundo normativo, quais sejam: (i) acato ou não pelo Judiciário de leis/políticas públicas traçadas pelos os demais Poderes; (ii) admissão ou não de argumentos de orientação pragmática/utilitarista com vistas ao resultado das decisões ou respeito ao caráter deontológico do direito, bem expressos na dicotomia de Ronald Dworkin entre decisões com base em “políticas” ou em “princípios”; (iii) consideração do princípio majoritário em face de discussões morais razoáveis ou implementação de Direitos Humanos em respeito à autonomia individual.

Por outro lado, nesse período, o ativismo judicial pode também ser conceituado a partir de padrões empíricos de avaliação, como, por exemplo, o número de precedentes superados ou contornados por Interpretação Conforme eram quase sempre ignorados pela doutrina³⁶. A supremacia da Constituição era traduzida pela supremacia judicial. Fenômenos como o *overruling* eram concebidos como “rasgos de excepcionalidade”³⁷ num universo no qual “a última palavra” pertencia à Corte

³⁵ “A tese da integridade do direito ampliou a sua exigência de que, nas decisões judiciais, a argumentação principiológica manifestasse igual consideração e respeito por todos os cidadãos, bem como a coerência na aplicação. Isto porque, se antes a busca por essa coerência caracterizava apenas um direito da demandante (porquanto o Direito não poderia ser visto como uma peça inteiriça), agora, isto é, a partir da publicação da obra *O Império do Direito*, a integridade passava a ser entendida como uma característica inerente ao Direito” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 4-5).

³⁶ Cf. POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

³⁷ “Em verdade, nosso mundo da vida jurídica tem um tradição de trabalhar com súmulas que são referenciais, de modo a nos preocuparmos tão somente com sua ementa, sem sequer cuidarmos de conferir a argumentação das decisões que levaram à uniformização da jurisprudência. Em um universo assim desenhado, levará longo tempo para que se solidifique uma preparação para proceder a argumentação de *distinguishing* e para exigir do STF um *overruling* quando necessário” (CRUZ, 2014, p. 373-374).



Constitucional. Era uma época em que a crítica acadêmica às decisões judiciais ainda trazia escândalo diante do dogma segundo o qual “decisão não se discute! Decisão judicial se cumpre!”.

As contribuições filosóficas foram tão grandes que designamos os primeiros dez anos do século XXI de Constitucionalismo hermenêutico-argumentativo. Contudo o refinamento do campo argumentativo e decisional não se fez acompanhar de um exame mais apurado de *accountability* empírico das decisões judiciais. Nesse sentido, os últimos dez anos da trajetória do constitucionalismo brasileiro procuraram suprir exatamente essas deficiências, quais sejam: o exame empírico da judicialização de políticas, bem como um exame mais apurado da Teoria da Autoridade. Nascia no Brasil então o Constitucionalismo da empiria política.

Assim, a discussão sobre a não identidade entre “supremacia judicial” e “supremacia da Constituição” foi largamente trazida pela leitura da doutrina anglo-saxônica. Bom exemplo foram os influxos do constitucionalismo anglo-saxão exemplificador pela chegada ao Brasil da Teoria das Capacidades Institucionais de Adrian Vermeule, que vem guiando boa parte da nossa Academia. Outro exemplo é a proposta de Diálogos Institucionais que vem colocando em cheque a doutrina da “última palavra” das Cortes Constitucionais sobre políticas públicas. Nesse conceito lato, mesmo com riscos de reducionismo, encontramos propostas diversas. De um lado, o Constitucionalismo Popular de Richard Parker, Akhil Amar, Larry Kramer e Mark Tushnet pregando a imperiosa necessidade de devolução da Constituição à deliberação popular. A análise de Mark Tushnet sobre distintos modelos de controle constitucionalidade (forte, fraco e intermediário) destaca as virtudes na cláusula do não obstante da Corte Canadense e das sentenças de incompatibilidade constitucional seguidas de Apelo ao Legislador pelo modelo da Corte neozelandesa, como mecanismos de superação da supremacia judicial.

No entanto, como bem anota Bruce Ackerman, essa injunção forte do povo dá-se em momentos excepcionais da história de uma comunidade. O diagnóstico da Ciência Política sobre as deficiências da democracia representativa ainda não encontraram soluções alternativas a esse modelo. Talvez por isso a aposta de Jeremy Waldron em torno de um modelo fraco de controle de constitucionalidade diante do que



ele chama de dissensos morais razoáveis. Waldron objeta a crença de que a ação contramajoritária da Corte seja necessariamente positiva. Lembra os malfadados casos *Dred Scott*³⁸ e *Korematsu*³⁹ como retumbantes fracassos da Corte norte-americana na

³⁸ “Dred Scott era um negro escravo, propriedade de John Emerson, médico do Exército. Vivera por um tempo em Illinois (Fort Snelling), Estado que não aceitava a escravidão nos termos do compromisso do Missouri. Esse compromisso, na verdade, era uma lei federal que estabelecia regras para o surgimento de novos Estados na Federação de maneira a não alterar o equilíbrio no Congresso entre Estados abolicionistas e escravagistas. Por ter vivido no Estado abolicionista, Dred Scott e sua esposa Harriet, apoiado por ativistas antiescravagistas, entendia-se como uma pessoa livre ao argumento de que ‘uma vez livre, livre para sempre – *once free, Always free*’. John Emerson viera a falecer em 1850, levando Scott à propositura de ação declaratória de condição de homem livre. Vencedor em primeiro grau, a sentença acabou reformada pela Corte de Apelação do Missouri. A viúva de Emerson, já casada novamente com John Sandford, exigia recebe-lo como ‘peça’ do inventário do seu falecido marido. Inconformado com a derrota e apoiado financeiramente por abolicionistas do norte, Scott proporia nova ação contra Sandford, agora em Nova Iorque, domicílio do réu. Em sua defesa, Sandford sustentou ilegitimidade da parte como pressuposto processual de admissibilidade do feito, pois o escravo, na condição de uma coisa, não podia ser sujeito de direito. Derrotado em Nova Iorque, Scott apelou para a Suprema Corte, vindo a sofrer sua última derrota. [...] ‘A corte sustentou que a lei federal ao determinar a emancipação de escravos era indubitavelmente inconstitucional, que violaria um dos legítimos direito de propriedade do (antigo) senhor de escravos’ [...] (ROSENFELD, 1995:22). Infelizmente, Roger Taney, *Chief Justice*, relator do processo, foi dramaticamente coerente. Em voto claramente racista, Taney fechava as portas a Scott e a esperança de que uma lei pudesse por fim ao instituto da escravidão, obrigando a que, anos mais tarde, o Presidente Lincoln aprovasse, durante o conflito da guerra civil, a 13ª e 14ª Emendas constitucionais para por fim à escravatura. [...] Scott foi preso e encaminhado a seu novo dono, vindo a falecer antes de conhecer a liberdade. ‘Foi tão grande a perda de prestígio da Corte, que ela custaria a recuperar a confiança popular depois dessa decisão’ (RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, p. 66, 1958)” (CRUZ, 2005, p. 122-124).

³⁹ “O caso *Korematsu vs United States* [323 U.S 21491994)] versava sobre restrição do direito à liberdade de locomoção em face das contingências da guerra instalada entre a América e o Império Japonês. [...] Em 7 de dezembro de 1941, o Japão bombardeou as instalações militares de Pearl Harbour, instalando, a partir de então, hostilidades militares entre os dois países. Tão logo isso ocorreu, o Congresso americano aprovou a Ordem de Exclusão de Civis n. 34 (*Civilian Exclusion Order*) com fins de combater a espionagem e a sabotagem no interior do país. Em seguida, em 21 de março de 1942, o Congresso Geral de Defesa do Oeste baixou a Ordem n. 9.066, regulamentando aquela Ordem de Exclusão. A Ordem n. 9.066/42 impunha a exclusão de qualquer japonês ou de descendentes da região, ao determinar que os mesmos fossem compulsoriamente levados para abrigos (*Assembly Centers*) e instalações militares “especialmente” preparadas para civis, ou seja, para campos de concentração. Aqueles que resistissem à expulsão deveriam ser imediatamente presos. Residente em San Leandro, Califórnia, área incluída naquela considerada como de exclusão, Korematsu recusou-se a cumprir ordem que julgava tão absurda. A despeito de sua descendência japonesa, ele se considerava americano. O fato de possuir parentes no Japão e de, até então, comunicar-se com eles por telefone, não diminuía seu patrimônio americano. Preso, juntamente com sua família, Korematsu impetrou *habeas corpus* que, em razão da relevância, poderia implicar precedente que libertaria dezenas de milhares de pessoas. O feito foi levado ao conhecimento da Suprema Corte através de *certiorari*. Korematsu argumentou a clara inconstitucionalidade da Ordem de Exclusão n. 34 e, em consequência, a inconstitucionalidade de sua prisão. Ele simplesmente permanecera em sua residência. Qual crime teria praticado? Argumentou que sua detenção violava à liberdade, à intimidade, ao devido processo legal, à reserva legal relativa à tipificação criminal, entre outros. De outro lado, o governo americano argumentou em favor da manutenção de sua “exclusão”, tendo por fundamento a imperatividade de medidas emergenciais derivadas da guerra. A segregação dos japoneses não teria qualquer cunho racial. Ao contrário, ela preservaria a higidez física dos mesmos, que poderiam ser linchados pela população. Anexava como



proteção de Direitos Fundamentais. Anota que deliberações *per seriatim* também observam o princípio majoritário e destaca a virtude da legitimidade democrática trazida pela deliberação de representantes do povo. Se Waldron acerta no diagnóstico de sua crítica sobre a idealização feita por muitos teóricos em torno da deliberação judicial, por sua vez sofre críticas contundentes sobre sua idealização da deliberação parlamentar e da democracia representativa. Todavia, a análise dessa problemática não é objeto do nosso interesse nesse artigo, de modo que não nos aprofundaremos nessa questão.

Há que se lembrar aqui apenas o alerta do professor José Ribas Vieira feito em Curitiba, quando do Exame de doutorado do candidato Miguel Gualano de Godoy. Se, na década de 1990, cometemos o erro de incorporar acriticamente doutrinas alemãs e ibéricas, agora seguimos errando fazendo exatamente o mesmo com doutrinas anglo-saxônicas, correndo o risco de “virar as costas” para experiências do constitucionalismo latino-americano, particularmente os notáveis avanços das Cortes Constitucionais da Colômbia e da Guatemala. Trocamos o alemão pelo inglês, pouco nos detendo ao espanhol e sem a atenção necessária com o português. Assim, se há vinte anos a decisão de incompatibilização constitucional era aplaudida como uma novidade da jurisdição alemã, agora é aplaudida como manifestação da diacronia temporal nos diálogos interinstitucionais, tal qual proposta por Stephen Gardbaum. Mas, se antes ela era vista como uma decisão que colocava em risco a supremacia da Constituição, agora ela o deixou de ser?

Com a advertência do professor José Ribas Vieira feito em Curitiba, quando o exame de doutoramento do candidato Miguel Gualano de Godoy, voltamo-nos para a

precedente o caso *Hirabayashi vs United States* [320 U.S. 81], no qual a Corte considerou constitucional o toque de recolher para os japoneses, como restrição necessária ao interesse público. Coube ao *Justice Black* a relatoria e o voto vencedor, no qual os direitos fundamentais de Korematsu “pesaram” menos que os ‘interesses nacionais’. Black não viu qualquer conotação racista em tal posição. Achava que a urgência militar justificava a segregação temporária dos japoneses. Em tempo de guerra, não só o Congresso mas também a Corte Constitucional deveriam depositar confiança na capacidade dos seus líderes militares, apoiando medidas restritivas aos direitos fundamentais. Korematsu permaneceria preso até o final da guerra. Não apenas ele, mas outros milhares de cidadãos. As estatísticas oficiais não se preocuparam em contar o número de mortos nessas instalações militares em razão de *stress*, fome, doenças e maus-tratos” (CRUZ, 2014, p. 207-209).



outra novidade no cenário brasileiro: o minimalismo constitucional de Cass Sunstein mencionado no voto do Ministro Luiz Fux⁴⁰.

IV – O Minimalismo e o Diálogo Interinstitucionais

Partimos da análise do pensamento de Cass Sunstein. Ele classifica em quatro abordagens a corrente do interpretativismo americano, a saber: (i) o perfeccionismo, (ii) o fundamentalismo, (iii) o majoritarismo e, (iv) o minimalismo. Grosso modo, em sua cátedra, perfeccionistas seriam autores que apostariam na construção de uma proposta argumentativa que produziria a melhor resposta possível. Esse mesmo conceito o aproximaria de claros desafetos, como Ronald Dworkin (direito como integridade) e Richard Posner (análise econômica do direito). O fundamentalismo e o majoritarismo apresentam grandes semelhanças e suas distinções se dão numa disputa de família. Ambos respeitam o princípio majoritário, mas o primeiro opta por uma interpretação de fundo originalista buscando, assim, o resgate dos valores dos “Pais Fundadores da América”. Admitem, portanto, posturas mais progressistas ou conservadoras, ao passo que o majoritarismo propõe uma visão mais passivista e uma deferência especial para com as deliberações majoritárias do Legislativo e do Executivo.

Na obra *Constitutional Personae*, Cass Sunstein classifica em quatro espécies as condutas dos juízes em clara relação com as abordagens acima. Juízes heróis acatariam o perfeccionismo. Por sua necessidade de concretizar sua visão moral do mundo admitem amplas e rápidas mudanças na sociedade. Mas, se os “heróis” podem acertar como no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, certamente cometeram erros portentosos como em *Dred Scott v. Sandford*, que contribuiu para a eclosão da Guerra Civil Americana.

Se Earl Warren é o protótipo do “juiz herói”, Cass Sunstein vê em Oliver Wendell Holmes como o modelo de “juiz soldado”, qual seja, aquele que mostra grande

⁴⁰ “Tribe (1990) e Sunstein (1996) entre outros constitucionalistas americanos, vêm procurando justificativas para *judicial self-restraint policy* da Suprema Corte americana a partir da concepção denominada “minimalismo constitucional”, buscando razões pelas quais a abstenção da Corte em aferir a constitucionalidade das leis comporia/reforçaria a ideia de democracia nos Estados Unidos. Isso naturalmente implicaria o que Sunstein (1996) denomina de “usos construtivos do silêncio [...]” (CRUZ, 2014, p. 347).



deferência pelo princípio majoritário e pelas decisões políticas emanadas pelos demais Poderes. Sunstein concebe a Teoria das Capacidades Institucionais de Adrian Vermeule como a versão mais sofisticada dessa corrente, mas não seria um erro grosseiro incluir aqui também os integrantes do Constitucionalismo Popular e, até mesmo, Jeremy Waldron.

O terceiro modelo, o do “juiz mudo”, expressaria o minimalismo procedimental de Alexander Bickel. O pensamento desse autor desenvolveu-se na década de 1960. Sua análise debruçava-se justamente sobre o ativismo da Corte de Warren em favor dos direitos civis das minorias, notadamente a de negros e mulheres. Em seu sentir, a permeabilidade da Corte para a política não é apenas uma realidade, mas uma necessidade. Assim, vê virtudes numa postura passiva da Corte, de modo a não interferir no processo democrático. Ter a sabedoria de aguardar a deliberação legislativa poderia ser vista por dois aspectos: *ripeness* e *mootness*⁴¹.

Por elas, a Corte evitaria o risco de tomada de decisões de forma prematura, deixando que a própria sociedade deliberasse sobre seus desacordos morais razoáveis. E, em sendo assim, evitaria tanto o risco de ser desmoralizada por críticas sociais, preservando, com isso, sua autoridade, afastando o caminho de interrupção do curso do diálogo e de deliberações democráticas em arenas mais apropriadas. Para tanto, seriam válidos o emprego de recursos processuais para se evitar a decisão de mérito. A negativa de *certiorari* na deliberação da *rule of four*, impedindo o exame de mérito de recursos dirigido à Suprema Corte americana, reduziria os custos da decisão, em especial o custo dos erros judiciais.

O último modelo, o do “juiz burkeano”, expressaria o pensamento de Sunstein, qual seja, o seu minimalismo substantivo. Edmund Burke, político e filósofo do século XIX, é visto por muitos como o pai do conservadorismo norte-americano, pois defendia sempre que mudanças sociais deveriam ser lentas e graduais, sem ofensa às tradições compartilhadas socialmente. Assim, ao invés de grandes saltos, como propõem os perfeccionistas, ou o imobilismo, como admitem os fundamentalistas e majoritaristas,

⁴¹ “Para a justificativa desse procedimento, existem dois critérios: um é o critério do *mootness*, a ideia de que a Suprema Corte não deve tomar decisões de forma prematura e maximalista [...]. O outro critério é o *ripeness*, o risco para a integralidade da Constituição” (CRUZ, 2014, p. 371).



Sunstein advoga que a mudança deva se dar em pequenos passos. Ao invés de construção de grandes teses judiciais a favor de uma prognose judicial futura, ele propõe que as decisões sejam concisas sobre casos particulares, deixando o espaço aberto para que a sociedade delibere de forma definitiva quando superar seus desacordos morais.

Os juízes devem ter duas posturas fundamentais, humildade e discrição, pois não devem ver a si próprios como os detentores da última palavra. Estreiteza (*Narrowness*) e superficialidade (*Shallowness*) resumiriam a visão de Sunstein. Por que explicar a defesa da liberdade de expressão em bases utilitaristas ou liberais, se é possível uma decisão mais rasa em termos de Filosofia Política? Essencialmente Sunstein destaca uma metadecisão em seu minimalismo substantivo. Mesmo antes de abordar o mérito de um caso, ele deve decidir o quanto pretende aprofundar-se no exame desse mérito. Deve sopesar o custo de desenvolver teses morais e pragmáticas em termos cujo desacordo moral seja profundo na sociedade.

Em sua opinião, as decisões judiciais devem promover acordos teóricos incompletos, que teriam o condão de angariar uma adesão maior do que uma argumentação filosoficamente mais sofisticada. Conhecedor da neurociência, Sunstein sabe que num grande número de casos não é a qualidade da justificação que move a decisão e sim a mera presença dessa justificação⁴². É mais fácil convergir para aspectos mais gerais do que específicos. Por que tentar impor um significado explícito de um texto normativo, se é possível tratar o tema de modo genérico, respeitando sua vagueza ou ambiguidade? Por que entrar no mérito de uma política pública, se a Corte pode invocar a doutrina do desuso e do exaurimento normativo?

⁴² “Outra demonstração interessante de que o papel da lógica por traz da argumentação esbarra em processos menos consistentes é trazida no relato da experiência da fila da máquina copiadora feito por Mlodinow (2013). Nesse estudo, um pesquisador fica próximo à copiadora de uma biblioteca e, quando além aparecia para tirar cópias, ele corria e tentava passar na sua frente dessa pessoa dizendo algo do tipo: “por favor, só tenho cinco páginas. Posso passar na sua frente?” Na falta de justificativa, cerca de 40% das pessoas se recusaram a deixar o pesquisador usar a máquina antes. Até aí, tudo bem. Mas quando o pesquisador adicionou uma simples justificativa, do tipo “... porque estou com pressa”, esse número caiu para 6%. Embora a simples justificativa apresentada tenha sido responsável pelo recurso do pesquisador em “furar” a fila, ficou a suspeita de que a *qualidade* de justificativa importa menos que o fato de existir “uma” justificativa. Em tese, diante dessa intromissão, se as pessoas estivessem preocupadas com a justificativa, a taxa de negativa deveria ser a mesma encontrada na ausência de justificativa, já que a frase é absolutamente redundante. Mas a recusa surpreendente foi de apenas 7%. Ou seja, o conteúdo da justificativa, nessa lógica, acabou se mostrando menos importante do que poderia parecer ao senso comum naquele contexto” (CRUZ, WYKROTA, 2015, 37-38).



Roe v. Wade (1973) é um dos principais exemplos de sua proposta minimalista. Uma vitória jurídica do ativismo pelo reconhecimento parcial da inconstitucionalidade da criminalização do aborto trouxe consigo uma enorme derrota política pela reação tanto de conservadores, como dos representantes da Igreja Católica, quanto de progressistas, como os movimentos feministas.

Não pretendemos aqui proceder a uma crítica mais refinada do minimalismo, apenas tecer algumas considerações:

(i) a ausência de fundamentação de decisões autorizadas pela “regra dos quatro” presentes no exame de admissibilidade promovido pela Suprema Corte Americana não se aplica no Brasil por força do art. 93, IX, da CR/88⁴³, que exige a fundamentação em todas as decisões. O emprego de argumentos processuais ou de “mérito indireto” seriam as únicas alternativas viáveis por aqui⁴⁴;

(ii) o estreitamento do conceito de Repercussão Geral pode acabar limitando o acesso de Recursos Extraordinários tão-somente a “casos repetitivos” ou de grande

⁴³Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴⁴ Isso se torna ainda mais evidente a partir da inclusão do Princípio da Primazia da Decisão de Mérito na Lei nº 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 4º, segunda parte: Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a **solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa**. Vale dizer, a solução do mérito é prioritária como um reflexo direto do direito fundamental ao acesso à justiça. Como afirma Didier (2008), a extinção do processo sem resolução do mérito deve ser encarada como uma verdadeira manifestação de crise no processo. Nesse contexto, foram incluídas no Novo Código de Processo Civil diversas regras de aplicação do Princípio da Primazia da Decisão de Mérito, apenas como exemplo, cumpre citar aquelas contidas nos artigos 139, IX⁴⁴; 317⁴⁴; e 1.029, §3º⁴⁴, salientamos que o mencionado princípio possui ilimitado alcance como norma orientadora da função jurisdicional. O artigo 317, em especial, estabelece que o juiz deverá conceder à parte vista para sanar o vício antes de extinguir o processo sem resolução do mérito. Numa leitura sistemática do ordenamento jurídico, pode-se concluir que o magistrado deverá ainda indicar com precisão o vício que, se não sanado, poderá obstar a resolução do mérito. É o que se extrai do princípio da cooperação, consagrado no art. 6º do NCPC: Art. 6º **Todos os sujeitos do processo** devem **cooperar** entre si para que se obtenha, em tempo razoável, **decisão de mérito** justa e efetiva. Nesse viés, todos os sujeitos dos processos, incluído o magistrado, devem cooperar entre si para a obtenção da decisão de mérito. Resta claro o objetivo de solidificar um processo cooperativo, como um “mecanismo eficiente de produção de resultados constitucionalmente legítimos” (CÂMARA, 2015). Desse modo, torna-se ainda mais evidente no processo civil brasileiro a função de garantidor dos direitos fundamentais exercida pelo magistrado, o que inclui o direito fundamental de acesso à justiça com a prolação de decisões que solucionam integralmente o mérito de forma satisfativa. Acrescentamos aqui os 10 e 489, ambos também no novo Código de Processo Civil, que exigem, nas suas leituras, que os juízes construam uma decisão argumentativamente exauriente, ou seja, abordando **todos** os argumentos trazidos pelas partes no âmbito do processo.



interesse burocrático ou econômico. Logo, a tutela a Direitos Humanos, como no caso Siegfried Ellwager e no caso de acesso de transexuais à banheiros públicos, correria o risco de ser interdita;

(iii) Sunstein parece crer numa dicotomia entre teoria e prática ou na neutralidade da postura do “Juiz burkeano” como elementos que “facilitariam” a adesão da comunidade às decisões da Corte. Pelo contrário, em nossa opinião, isso é um fator complicador que interdita o debate público. Ele se diz contrário à “Tese da última palavra”, mas ao sonegar ao público fundamentos mais elaborados, impede o desenvolvimento de diálogos interinstitucionais. Por exemplo, Robert Post e Reva Siegel, ótimos representantes da corrente doutrinária do constitucionalismo democrático, apresentam o seguinte raciocínio: por que as reações populares contra a decisão da Corte no caso *Roe vs. Wade* precisam necessariamente ser vistas de modo negativo como apregoa Sunstein? Porque não podem ser entendidos como reconhecimento do vigor dos atores sociais naquele contexto? Porque essa decisão não pode ser entendida como uma contribuição da Corte para a democracia? Porque a Corte não pode também ser entendida como arena adequada ao debate, quando a deliberação esteja interdita no campo político do Parlamento, em casos como os de reconhecimento de uniões homoafetivas, do aborto de anencéfalos e da pesquisa de células tronco? Uma democracia deliberativa se faz apenas por votos ou também por “razões” e “argumentos”?

(iv) Sunstein propugna o imobilismo judicial diante da vagueza semântica. Ora, o que ele faria quando o legislador propositalmente concebe leis com um número significativo de conceitos mais abertos, como o Código Civil? Se nós sabemos (e aprendemos com a filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein) que não existem conceitos determinados, o que fazer diante de sua proposta⁴⁵?

⁴⁵“A questão da linguagem está no mundo e deste não pode ser cindida! Não há como o homem se colocar como um observador externo e perceber a linguagem do “lado de fora”. Percebemos isso, o Wittgenstein de “*Investigações Filosóficas*” revê o modo como vinha tratando os conceitos até então, isso é, como um dado *a priori* ou um *know that*, e passa a trata-los segundo o modo de sua aplicação, ou seja, como um *know how*. Só temos a linguagem para descrever o mundo que nos cerca, inclusive a própria linguagem. E, sem a dimensão pragmática, é muito difícil explicar as alterações conceituais com os quais nos deparamos. Mais do que o resultado de um simples arranjo na combinação das palavras, está claro para Wittgenstein que a formação dos sentidos, referências e significados estaria sempre aberta à (re) construção de acordo com o contexto de uso de linguagem” (CRUZ, WYKROTA, 2015, p. 15/16).



(v) O ideal do “Juiz burkeano” nos soa tão metafísico quando o “Juiz Hércules”. “Hércules” diz: “nem ativismo, nem passivismo. O Direito é integridade”. Dworkin sustenta indispensável uma ascensão argumentativa em “casos difíceis”. Desse modo, casos que envolvem Direitos Fundamentais quase sempre exigem que o Juiz refine sua argumentação para fins de garantir a estabilidade social via do convencimento argumentativo. E, por outro lado, sustenta desnecessária essa “espiral ascendente” em casos mais simples. Sob outra perspectiva Burke diz: “minimalismo, exceto quando os juízes tiveram confiança no mérito de suas decisões ou quando estão em jogo as pré-condições da democracia”. Ora, ambos sustentam que o juiz pode ser “contido” em temos argumentativos em certos casos e “pródigo” em outros. Mas, se entendemos que os Direitos Fundamentais são “pré-condições para a democracia”, sustentamos que tanto Dworkin quanto Sunstein exigem uma postura maximalista. Em outras palavras, mesmo reconhecendo a “distância” teórica, sustentamos que “Hércules” e “Burke” guardam aqui notável proximidade. Com isso, voltamos ao caso inicial.

V – Autonomia e Alteridade: O Caso de Ama Fialho

Há que se fazer o primeiro questionamento: Estaria certo o Ministro Luiz Fux em adotar o argumento minimalista para pedir vista e suspender o julgamento do caso de Ama Fialho? Em nossa opinião Sunstein diria que não, pois a não admissão do acesso à banheiros públicos por transexuais colocaria um risco as pré-condições da democracia! Se estivesse convencido de que a questão põe em risco o princípio da igualdade, ele exigiria uma posição maximalista! Logo, entendemos que ele deveria ter acompanhado a procedência do Recurso Extraordinário, ao invés de pedir vista, simplesmente, procrastinando a decisão.

Será possível continuarmos fechando os olhos para quem sempre foi invisível na sociedade brasileira? De uma coisa estamos certos: é sempre viável manifestar o conservadorismo, sendo moderno... Não precisamos mais ser formalistas, exegéticos e falar em atos *interna corporis* para firmar uma concepção “tradicional” da sociedade. Podemos agora falar em desacordos morais razoáveis e simplesmente nos furtar a argumentações mais sólidas, pois agora estaremos expressando decisões em termos de



acordos técnicos incompletos. Resta evidente que o Ministro Fux não compreendeu perfeitamente as lições de Sunstein, pois esse autor sustenta posturas maximalistas quando há risco para o substrato da democracia. Logo, o Ministro Fux expressou outra de nossas tendências, qual seja, o sincretismo judicial! De que modo? Ao expressar o antigo tradicionalismo do formalismo jurídico com novas roupagens, quais sejam, as do discurso minimalista.

A aplicação “incorreta” de um argumento teórico não é novidade entre nosso Judiciário. Já tivemos oportunidade de observar o quanto a Teoria da Argumentação e a Ponderação de Valores de Robert Alexy foram erroneamente concebidas e aplicadas aqui no Brasil.

Nesse sentido, a despeito de afastarmos uma dicotomia radical entre teoria e prática, entendemos necessário uma pequena análise entre o que o Ministro Fux escreve e o que ele decide, tendo por base o texto *O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação* (FUX, FRASÃO, 2015). Essa análise nos permitirá dizer que o forte do Ministro Fux não tem sido a coerência em seus pressupostos teóricos. Nesse sentido, resta evidente que o Ministro, ao pedir vista no caso de Ama Fialho, pretende “decidir como decidi-la”:

Em outras palavras, a opção (ou não) por uma atuação judicial mais incisiva se traduz, aqui, como uma metadecisão ou decisão de segunda ordem (*second-order decision*). Isso significa que, antes de decidir a questão constitucional posta na presente ação direta, é preciso decidir como decidi-la, franqueando mais ou menos espaço para a intervenções do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal (FUX, FRAZÃO, 2015, p.67).

Logo, o Ministro julga indispensável que a Corte mostre deferência para com as opções político-legislativas. Sua deferência chega ao ponto de sustentar que foi o Poder Constituinte Originário que estabeleceu a dicotomia normativa entre regras e princípios. Logo, sua observância decorre da rigidez constitucional.

Confira:

Ora, a decisão do constituinte de empregar princípios ou regras em cada caso não é aleatória ou meramente caprichosa. Ela está associada, na verdade, às diferentes funções que essas duas espécies normativas podem desempenhar no Texto Constitucional, tendo em conta a intensidade de limitações que se deseja impor aos Poderes constituídos. Ao utilizar a estrutura das regras, o constituinte cria condutas específicas, obrigatórias, e, conseqüentemente, limites claros à atuação dos poderes políticos. Os



princípios, diversamente, indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas (FUX, FRAZÃO, 2015, p. 42).

Aparentemente, Fux adota uma “Teoria fraca de distinção entre as espécies normativas”, pois o grau de determinação de sentidos se encaixa perfeitamente dentro dessa opção. Contudo, de forma bastante confusa, pretende sustentar essa dicotomia com base nas lições de Frederick Schauer e suas distintas maneiras de decidir (FUX, FRAZÃO, 2015, p. 41).

Ora, Schauer é enfático nessa mesma obra na sua crítica àqueles que sustentam a dicotomia dual de espécies normativas. Sustenta, ao contrário, que a canonicidade normativa nos impede de ver as normas tão-somente divididas nessas duas espécies. Pelo contrário, no seu artigo *Prescriptions in three dimensions*⁴⁶, Schauer sustenta não existir qualquer espécie normativa que possa ser adequadamente classificada como princípio, deixando claro que a procura por uma “natureza” dos princípios encontra-se envolta em confusões conceituais. Opta por evitar o emprego de expressões como “norma”, “regra” e “princípio”, empregando as expressões “prescrição” e “uso prescrito de linguagem”.

Simultaneamente, Fux admite o emprego do “princípio da proporcionalidade” (FUX, FRAZÃO, 2015, p.51), o que, por si só, implica o acatamento de uma Teoria Forte da dualidade normativa. Dentre os adeptos dessa corrente, a nós surge Robert Alexy como figura de proa. E, a rejeição desse autor às distinções ligadas à vagueza semântica dos textos normativos afigura-se desde o início da sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

⁴⁶ “If a principle is a distinct norm-type, however, then we would see either logical identity or enormous empirical overlap among the prescriptions that have low specificity, low canonicity, and low weight. This, however, turns out not to be the case, not as a logical matter and not as an empirical matter. **That would seem to produce the conclusion that the principle, legal or otherwise, is not a distinct norm-type.** It might be possible to respond that “principle” designates the norm-type with low specificity, low canonicity, and low weight (like the “no man may profit from his own wrong” principle that determined the outcome in *Riggs v. Palmer*), even while we recognize that other permutations and combinations (such as a principle with high specificity, low canonicity, and moderately low weight, such as the “no noise in the park” principle as I described it, or a principle with low specificity, low canonicity, and very high weight, such as the Golden Rule, or Kant’s Categorical Imperative). But although there is nothing “wrong” with this, it seems somewhat pointless and excessively stipulative” (SCHAUER, 1997, p. 921, destaque nosso).



Mesmo diante de tamanha confusão teórica, Fux sustenta tal taxionomia e postula o caráter de regra do direito de presunção de inocência. Vejam:

A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como regra e interpretada como recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxima o enunciado normativo de sua própria literalidade [...] (FUX, FRAZÃO, 2015, p. 51).

Ora, como então compreender o voto do Ministro Fux no Habeas Corpus 126.292/SP que “relativizou” a presunção de inocência, permitindo a prisão provisória antes do trânsito em julgado da decisão? Essa “relativização” seria adequada para uma regra ou, ao contrário, típica de um princípio/mandado de otimização?

[...] A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo de apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha disso provada*”. Não há necessidade do trânsito em julgado BRASIL, 2016).

Voltando a sua postura minimalista, destacamos que Roberto Gargarella sustenta que em grande medida o constitucionalismo americano tem sido marcado pela coalizão entre visões de mundo conservador (hipertrofia do Executivo, fusão do Estado com uma igreja/religião oficial, patriarcado, padrões morais tradicionalistas e fortemente reativas à mudanças) e liberal (defesa da extensão do rol de Direitos Fundamentais, defesa da constituição do poder por meio da Teoria da Tripartição, defesa da propriedade privada, etc).

No caso em questão, o choque do conceito de “família tradicional” e de “valores morais cristãos”, implícitos no pedido de vista do Ministro Fux, contrapõe-se à visão liberal do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Sua concepção de autonomia privada e de democracia tendo por base não apenas o princípio majoritário, mas o



desenvolvimento de razões racionais para deliberações puras claramente tem por pressupostos a razão prática kantiana.

Passemos primeiro à análise do voto do Ministro Barroso, em especial à premissa fática lançada acerca da diferença entre sexo, gênero e orientação sexual e a primeira premissa jurídica apresentada⁴⁷.

Ele inicia seu voto abordando a distinção entre questões de fato e questões de direito ao sustentar não haver pleito de reexame de provas, reafirmando com isso a utilidade da súmula 279 da Corte, que veda o reexame de matéria probatória⁴⁸. Em seguida, vai se debruçar sobre outro requisito de admissibilidade do recurso, qual seja, a sua repercussão geral. Ele a reconhece primeiramente por se tratar de um Direito Fundamental e em seguida por aspectos empíricos, admitindo existência de casos assemelhados, tal qual episódio de expulsão de transexuais em banheiros de shopping na cidade de Brasília.

Observe-se, pois, que o conhecimento do recurso centra-se sobre o argumento de garantia da higidez da autonomia privada do ser humano. Sua noção de igualdade claramente teve conotações do “liberalismo construtivista” de Dworkin e Rawls, quando ele afirma textualmente:

A dignidade como autonomia, no plano filosófico, assegura o livre-arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem as suas escolhas existenciais e desenvolverem a sua personalidade. Cada indivíduo tem o direito de buscar, à sua maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Viver segundo seus próprios valores, interesses e desejos (BRASIL, 2015).

⁴⁷ Como já referenciado anteriormente, o julgamento se encontra filmado através da página oficial do Supremo Tribunal Federal junto à rede social Youtube.

⁴⁸ Nesse sentido, a Súmula 07 do STJ enuncia que “[...] a pretensão de simples exame de prova não enseja recurso especial [...]”. Da mesma maneira, a Súmula 279 do STF diz que “[...] para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário [...]”. Ambas as Súmulas centram-se na teoria positivista de Chiovenda, que distingue a questão de fato da questão de direito: “A questão de fato consiste em verificar se existem ‘circunstâncias’ com base nas quais deve o juiz, ‘de acordo com a lei’, considerar existente determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o auto se refere, existe, como norma abstrata”. Ora, esse raciocínio pretende cindir o texto legal das circunstâncias fáticas, pressupondo uma subsunção de fato sobre a norma, nos claros moldes do positivismo exegético. Por esse raciocínio, parece sustentar o Supremo que recurso extraordinário não seria forma de solução de uma lide, mas, sim, mecanismo de uniformização de jurisprudência, no qual prevaleceria o interesse público sobre o interesse privado das partes litigantes. Dessa forma, ele poderia simplesmente se apropriar da causa e examinar exclusivamente a “questão de direito” da lide trazida em sede de recurso extraordinário, fazendo um juízo abstrato da matéria constitucional. Em outras palavras, ele estaria simplesmente descaracterizando o controle concreto/difuso da constitucionalidade no Brasil (CRUZ, 2014, p. 100).



Sua abordagem em torno do conceito de “dignidade humana” claramente se volta para a perspectiva da moral kantiana em torno do exercício de sua autonomia individual. Desse modo, a dignidade é concebida como um valor intrínseco reafirmador da igualdade. O Ministro desenvolveu raciocínio argumentativo que corrobora sua abordagem como doutrinador, pois sempre manifestou a necessidade da Jurisdição Constitucional que adota uma “cultura pós-positivista”:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na Teoria da Justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2015, p. 10).

Mesmo partindo dessa primeira perspectiva, o que se observa, no entanto, é que a manifestação decisória em foco traçou um novo caminho quando então apresentou a leitura sobre a condição de transexual, que o Ministro Luís Roberto Barroso denomina muitas vezes de transgênero. Resta claro em seu raciocínio que não é possível compreender a transexualidade sem perceber a plurisignificação da expressão “sexo”. A transexualidade deriva de uma incompatibilidade entre o “sexo biológico”, seja ele definido geneticamente pelo par específico de cromossomos (mulher XX e homem XY) ou definido pela presença de gônadas/glândulas reprodutivas (ovários nas mulheres e testículos nos homens), e sua dimensão psicológica.

Por conseguinte, a transexualidade não é uma questão de orientação sexual, mas diz respeito à identidade de gênero, ou seja, o modo pela qual o indivíduo se identifica culturalmente com padrões associados ao masculino (cor azul, cabelos curtos, uso de calça/ternos etc.). As pessoas que identificam com o gênero (culturalmente constituído) que lhe foi atribuído são chamadas de “pessoas cisgênero”. Aquelas que não se identificam são denominadas “pessoas transgêneros”.

Desse modo, identidade de gênero não se confunde com orientação sexual. Um homossexual tem apetite sexual para com pessoas do seu próprio sexo (genético/morfológico), mas pode perfeitamente se identificar com seu gênero: ele se veste de forma socialmente compatível com o seu sexo! O homossexual tem uma



orientação sexual que lhe é própria e isso não se confunde com sua identificação psíquica com esse ou aquele gênero:

Pessoas transexuais geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e se sentem, e querem “corrigir” isso adequando seu corpo à imagem de gênero que de si. Isso pode se dar de várias formas, desde o uso de roupas, passando por tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos (JESUS, 2012, p.15).

O transexual vive uma contradição entre o seu sexo biológico e o seu sexo psíquico. Não é incomum o relato de que se sentem presos no corpo de outrem. E permanecem presos também em termos jurídicos, em função, principalmente, do seu registro civil do seu patronímico. O desespero é tamanho que casos de automutilação são comuns.

Para a pessoa transexual, é imprescindível viver integralmente, exteriormente, como ela é por dentro, seja na aceitação social e profissional do nome pelo qual ela se identifica ou no uso do banheiro correspondente à sua identidade de gênero, entre outros aspectos (JESUS, 2012, p. 16).

Tratando-se de uma questão tão transcendental para a dignidade humana que entendemos ser absolutamente inaceitável a argumentação de que o uso de um banheiro seja tratado meramente como uma opção, uma escolha racional feita pelo transexual. Reconhecer que a matéria vai além da configuração liberal de autonomia privada implica admitir que as expressões “homem” e “mulher” exigem uma compreensão que vai além da perspectiva do “sexo biológico”. Nossa expectativa não é infundada. Pelo menos desde o final dos anos de 1970, João Baptista Villela publicou trabalho na Revista da Faculdade de Direito da UFMG intitulado a *Desbiologização da Paternidade*. Dentro do seu conhecido espírito inovador, esse pensador já trazia as ideias centrais que afastavam qualquer correlação da figura paterna e a sua referência biológica. Esse pensamento já poderia alicerçar as bases que hoje alimentam as normas, a jurisprudência e a doutrina familiarista contemporânea.

O voto do Ministro Barroso adotou o caminho dessa distinção. Ele percebe nitidamente que a orientação sexual se distingue da identidade de gênero, percebendo que a definição do sexo admite variações biológicas e psíquico/culturais. De um lado, busca substrato na Biologia ao afirmar que “[...] distinção entre homens e mulheres segundo as suas características orgânico-biológicas, como cromossomos, genitais e



órgãos reprodutivos” (BRASIL, 2015); de outro lado, tem a clareza de perceber que a identidade de gênero, por sua vez, “[...] designa a diferenciação cultural entre masculino e feminino” (BRASIL, 2015). E, por fim, admite que a orientação sexual seria “atração afetivossexual de um indivíduo por determinado(s) gênero(s), dividindo-se em heterossexual, homossexual, bissexual etc.” (BRASIL, 2015). A partir disso, o que se observa é a conclusão do Ministro Luís Roberto Barroso sobre o que seria um transexual:

[...] é preciso compreender como os grupos se enquadram entre as fronteiras socialmente construídas de sexo e gênero. De forma geral, pode-se dizer que as pessoas *transgênero* são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído culturalmente ao seu sexo biológico. Elas podem sentir, por exemplo, que pertencem ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum dos dois gêneros. Os *transexuais* estão incluídos neste grupo, constituindo pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo, e “geralmente sentem que seu corpo não está adequado à forma como pensam e sentem, e querem ‘corrigir’ isso adequando o seu corpo à imagem de gênero que têm de si”. Já as pessoas *cisgênero* são aquelas que se enquadram plenamente nas fronteiras socialmente construídas de sexo e de gênero. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

O que se depreende dessa conclusão é que o entendimento esboçado no voto se assenta no “reconhecimento”⁴⁹ do transexual sob a ótica da sua sexualidade, sob o ponto de vista não apenas biológico, pois o transexual assim o é quando o seu gênero não corresponde ao seu sexo, que se revela por cromossomos, genitais e aparelhos reprodutoras. Em sua argumentação o Ministro trouxe uma série de exemplos sobre a situação fática dos transexuais no Brasil. Dentre eles, ele apresenta o caso de um garoto, ainda na sua infância, que tinha “trejeitos” femininos e morreu em virtude da agressão sofrida pelo próprio pai. Ora, uma criança, ainda que nos dias de hoje, não possui ainda uma noção plena de seu corpo, que é biológico e dos desejos, que se apresenta pelo gênero, que é psíquico. A criança é daquela maneira porque ela o é. Porque ela se sente melhor agindo e se comportando dentro do outro padrão, que não o do homem masculino com genitálias. Biologizar a pessoa é negar todas as demais dimensões que envolvem o ser.

⁴⁹ O Ministro Luís Roberto Barroso assenta o seu voto na igualdade por reconhecimento e não na igualdade formal ou material.



Apesar dos grandes avanços trazidos por sua argumentação, ainda assim levantamos uma objeção aos pressupostos do Ministro: Barroso conceitua um transexual como aquele que não se “identifica” com o gênero correspondente ao seu sexo biológico. Se sabemos que o pressuposto do Ministro é a filosofia da Consciência de Kant, haveria de se indagar se esse ato de “identificação” é uma escolha racional que deve ser protegida nos moldes liberais de tutela da autonomia privada? O ato de se identificar pode ser compreendido como exercício da liberdade humana? Nós escolhemos nossa orientação sexual? Nós escolhemos racionalmente nossa identidade de gênero? Tais “escolhas” são manifestações da “autonomia” individual? Em nossa opinião a resposta deve ser taxativa: a identidade de gênero não deflui de uma escolha racional. Logo, a “escolha” que ele faz pelo uso deste ou daquele banheiro público tampouco se encontra na esfera da autonomia privada desse indivíduo!

Não basta, pois, reconhecer que o conceito de sexo vai além de sua dimensão biológica, mesmo porque isso já não era novidade na jurisprudência daquela Corte há pelo menos cinco anos, desde o julgamento da ADPF 132/RJ, na qual o STF decidiu pelo reconhecimento das uniões homoafetivas, desconstruindo a noção de que os conceitos de “homem” e “mulher” se pautassem exclusivamente por critérios do sexo biológico:

Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide (BRASIL, 2012).

Fica, pois, evidente que Barroso partiu do pressuposto de que o princípio da dignidade da pessoa humana tem como fundamento o valor intrínseco de cada ser humano e que se deve observar a autonomia de cada um dos sujeitos, com as devidas limitações; já o segundo argumento justificativo assenta-se na dignidade humana como autonomia, ou seja, o direito de ser que ele realmente é.

Esses dois fundamentos, como reconhecido pelo próprio Ministro Relator, partem do *cogito* kantiano.



O valor *intrínseco* é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Do valor intrínseco de todo ser humano decorre o grande postulado antiutilitarista colhido na filosofia de Kant, uma das expressões do imperativo categórico: toda pessoa é um fim em si mesma, e não um meio para realização de metas coletivas ou projetos de outros (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Ora, será que podemos encaixar da mesma forma um ato de celebração de contrato e o de “identificação do gênero com o sexo” como expressões de autonomia privada da pessoa humana? Será que o universo protetivo dos direitos humanos se restringe à dicotomia autonomia privada versus autonomia pública? Será essa a única alternativa? Ou seja, que essa classificação soa reducionista demais do infinito que é o “ser humano”? Totalizar o mundo entre a liberdade privada dos modernos e a liberdade pública dos antigos reduz o mundo à pobreza de um Código Binário inadequado à riqueza de possibilidades humanas... A “escolha” pelo uso de um banheiro é um ato racional da autonomia privada de um transexual? Será que o pensamento liberal “dá conta” desse tipo de questão? Será que a concepção de autonomia, igualdade e de dignidade devem ser construídas egologicamente pelo “Eu penso” do jurista? Será que o suporte liberal do universalismo de Rawls, Dworkin e Kant forja os argumentos mais adequados para casos que tais?

De um lado, a visão do “juiz burkeano” da manifestação do Ministro Fux. De outro, a visão do “juiz Hércules” pelo voto do Ministro Barroso. O diálogo entre o minimalismo e o perfeccionismo, entre um passivista e um ativista, entre um conservador e um liberal seria sempre o trágico destino de nossa Jurisdição Constitucional? Mais: será que faz diferença optar por uma fundamentação distinta da autonomia liberal, quando o resultado for o mesmo, como sói ocorrer com a decisão dos Ministros Barroso e Fachin? Nossa resposta é claramente positiva a essa pergunta.

Por conseguinte, lutar por uma argumentação jurídica que se afaste de padrões iluministas e liberais implica, pois, uma luta direta pelo “poder” na sala de máquinas da Constituição. Lutar contra opções pragmáticas e utilitaristas, tais como as ligadas à Posner e sua “interpretação econômica do direito” ou ao minimalismo constitucional de Cass Sunstein, que ignoram a condição de “fundamentais” aos direitos sociais, parece-nos uma necessidade.



Roberto Gargarella aponta esse ponto como central no constitucionalismo latino americano, a saber, numa esquizofrenia entre o rol de Direitos Fundamentais, ou seja, das novas Constituições, dentre elas, a Colombiana (1991), Paraguáia (1992), Argentina (1994), Boliviana (1994), Equatoriana (1998), Venezuela (1999) e Mexicana (2001) e sua parte orgânica, qual seja, as formas de organização e operacionalização das Instituições optar a efetivarem esses direitos.

A Carta Brasileira de 1988 não define o Estado como multicultural ou pluricultural, como fazem as Cartas Colombiana, Peruana, Boliviana e Equatoriana. Contudo garante a diversidade cultural, reconhecendo com isso formas coletivas/comunitárias de propriedade. Garante também formas distintas de organização familiar. E, como consequência da jurisprudência do STF admite formas de reconhecimento de sua sexualidade que transbordam critérios biológicos.

Ora, Gargarella sustenta que o reforço ao Executivo em variadas formas de um hiperpresidencialismo foi traço comum ao novo constitucionalismo latino americano. E tece críticas e tal opção, seja pelo enfraquecimento político do órgão de controle dessa hipostasia Presidencial, seja pela facilidade com que as Oligarquias Locais e o Poder Econômico colonizam a ação do Presidente da República. Sua aposta é outra: uma mudança minimalista! Passos pequenos no sentido de mudar a sala de máquinas da Constituição.

Por más que dicho camino sea tan difícil de transitar como urgente, es bueno recordar que la historia real del constitucionalismo latinoamericano muestra que no toda la vida jurídica regional se ha jugado en reformas maximalistas, de todo o nada. Por el contrario, y contra lo que podía pensarse, la historia reciente muestra el relativo “éxito” de reformas aparentemente muy limitadas en cuanto sus alcances, e inócuas, en cuanto a su contenido (GARGARELLA, 2014, p. 335).

A linha argumentativa do Ministro Barroso adota uma perspectiva liberal dos direitos fundamentais. Perspectiva essa que diríamos ser “clássica!”, quase que consolidada no constitucionalismo nacional.

Porque, então, mudar? Porque optar por outro caminho? Thomas Kuhn sustenta que um novo paradigma científico se consolida quando se torna capaz de responder/resolver problemas até então insolúveis pelo paradigma anterior.



Nesse sentido, o “universalismo” dos Direitos Fundamentais encontrou no discurso liberal o caminho fértil para seu desenvolvimento. Logo, tornou-se padrão deferir-se judicialmente a transfusão compulsória de sangue para menores que professam a crença de “testemunhas de Jeová”, sob o entendimento de que a preservação da vida prepondera (sempre) sobre a liberdade religiosa. E ficam perplexos quando se dão conta de que é muito comum um efeito colateral de sua decisão: adolescentes nessas circunstâncias saem do hospital e se suicidam, contrariados pela determinação judicial... Deveria o juiz ter se aberto à visão do Outro? Deveria ter procurado se despir de sua perspectiva egológica e refletido o quanto a expressão religiosa alheia constitui o mundo da vida do Outro?

Pela mesma maneira, interferir sob uma lógica liberal em comunidades antropológicamente distintas da cultura dominante é receita para o desastre. Pensar em direitos individuais para uma comunidade que não os concebe implica necessariamente em ato de violência.

Estamos, pois, diante de desafios trazidos pelo relativismo cultural que constrói uma visão inteiramente distinta do universalismo. Um sem número de casos exigiu um refinamento teórico que os padrões liberais de Kant, Rawls e Dworkin se encontram incapazes de fazer frente.

Estaríamos, pois num beco sem saída?

Parece-nos que não! Um fio de luz “*difference*”⁵⁰ surge da pena de um terceiro Ministro: Fachin. Ele procurou reconhecer o direito dos transexuais em novas bases, fora de concepções liberais ou utilitárias. O reconhecimento da transexualidade se deu não mais por argumentos de fundo do universalismo kantiano. Como alternativa, o Ministro Fachin procurou pressupostos renovados na filosofia que reconhecessem que a dor e a alegria da condição humana são sempre e radicalmente inacessíveis à cada um de nós. O Outro é sempre um território estranho. O Outro não deve ser “tolerado” como pressuposto racional da democracia. O Outro e sua infinita diferença são a essência da democracia e a razão de ser do próprio Eu. Se não posso defini-lo, não posso dizer que “a identificação de gênero e sexo” são expressões da autonomia individual. São, pois

⁵⁰ Estamos fazendo referência ao pensamento pós-estruturalista de Jacques Derrida.



elementais do *tode ti* infinito, não categorizável da alteridade que constitui o ser humano.

Nesse sentido, Fachin buscou conceitos como o da alteridade, de reconhecimento do Outro⁵¹ do francês/lituano Lévinas⁵². Barroso poderia ter ido um pouco mais além do universalismo de Kant e ter levado a sério as recomendações de Boaventura Souza Santos em sua “Epistemologia do sul”, quando assinalou: “As pessoas têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza” (BRASIL, 2015). Para pensar o quanto somos colonizados pela doutrina estrangeira. Para pensar a colonialidade que submente o nosso pensamento. Para não apenas pensar e falar em português, mas em tupi, jê, guarani. Para pensar a partir do Outro, com o Outro, pelo Outro, sem a abissalidade das fronteiras.

Para encerrar e animados pela perspectiva descortinada por Fachin, um pequeno “espaço de esperança”⁵³ se descortinou para Ama Fialho, mas fundamentalmente e radicalmente para cada um de nós que lê ou que escreveu esse

⁵¹ “A partir de uma renovação dessas condições, percebemos que o Direito é um modo ôntico de reconhecimento do Outro e, como tal, do “si”. Reconhecimento que se materializa na forma pela qual os homens e as mulheres se relacionam. Reconhecimento como jogo de linguagem, pois o Direito supõe a alteridade e, com ela, a intersubjetividade. A construção de uma relação intersubjetiva pode assumir na filosofia diversas feições. Em trabalhos anteriores, destacamos as construções de Heidegger e de Gadamer em torno do *Mitsein*, bem como os constructos da teoria discursiva dos teóricos da Escola de Frankfurt” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 173). “Em Kant, a liberdade se dá quando somos capazes de afastar nossos apetites e desejos para seguir a “lei moral” insculpi na razão (pura) prática. A responsabilidade decorre da liberdade, de modo que a irresponsabilidade decorre do nosso livre arbítrio. De outra banda, Lévinas inverte essa relação. A responsabilidade decorre da condição humana de “ser-para-o-outro”. Uma relação que se dá pelo cuidado (*Sorge*) com o Outro. Relação que, desde sempre, “de-fine” o que somos. Somos livres para fazermos/sermos o que quisermos, mas, mesmo praticando atos que são considerados pela moralidade convencional de uma dada comunidade (por uma ética segunda, como a kantiana) irresponsável, jamais deixamos de ter uma responsabilidade primeira por eles. Aquele que não se sente assim, aquele não sente culpa, como um psicopata, não é menos humano. Sua ausência de culpa o de-fine, assim como qualquer resposta que damos ao apelo da existência do Outro. Aquele que designamos como psicopata é apenas um Outro que precisa ainda mais de nosso cuidado! Logo, para Lévinas não é a responsabilidade que decorre da liberdade, como sustenta o iluminismo, mas é a liberdade que decorre dessa forma específica que o homem de se abrir para o mundo: a responsabilidade primeira para o Outro, pois só com ela o homem pode ser!” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 175-176).

⁵² O Ministro Edson Luiz Fachin nesse ponto cita o autor que, em coautoria, explana sobre a concepção do Outro na visão de Lévinas: “[...] nós somos aquilo que respondemos ao apelo do Outro. Apelo que nos chama a sermos aquilo que respondemos, mesmo quando ignorados o Outro, mesmo quando negamos atender o que se pede. Somos sempre essa resposta, pois somos responsáveis por ela. Somos, pois, essa responsabilidade” (CRUZ; CORRÊA, 2015, p. 155).

⁵³ Cf. HARVEY, David. **Espaços de Esperança**. Tradução Adail Ubirajara Sobral, Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Editora Loyola. 2015.



texto. Se o discurso liberal se abre a algumas minorias, como mulheres, negros, idosos, portadores de deficiência e homossexuais, outras permanecem invisíveis. Intocadas por serem violadoras da propriedade privada, como os integrantes dos movimentos dos sem terra e dos sem teto. Outros permanecem esquecidos pelo abafamento da visão conservadora, que insiste em ver a sanção penal como vingança estatal, justificando todos os abusos contra presos e presidiários. O discurso liberal soa retórico para quilombolas, ribeirinhos, quebradores de coco e indígenas, que insistem em estar alheios aos conceitos de “consumismo”, de lucro privado e de concorrência capitalista.

A alteridade como pressuposto filosófico surge como esse pequeno “espaço de esperança” para fundar um discurso que reconhece os invisíveis como humanos! Infinitamente humanos! Abre espaço para abandonarmos finalmente um formalismo jurídico estrito que é refratário, por exemplo, ao ajuizamento de ação coletiva em favor da comunidade Krenak. A Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985 fala em indenização individual, exigindo para isso do CPF de cada requerente. Os Krenak não se vêm como um “eu”, mas sempre como um “nós”. Como pressupostos de autonomia privada e de razão prática kantiana de fundo liberal podem ajudar aqui? Como ajudar os índios quando desde o caso Raposa Serra do Sol, o STF vem exigindo para fins de discriminação de terras indígenas a ocupação temporal desde 05.10.1988 ou o enfrentamento direto por ela? Como exigir pressupostos privados de esbulho possessório para uma comunidade que não se identifica culturalmente com tais pressupostos?

Enfrentamento traduzido por luta/violência física ou esbulho possessório. Ora, o que dizer da situação dos índios Kaiowá, afastados à força pelo governo federal de suas terras tradicionais desde 1980. Como lutar fisicamente a centenas de quilômetros de distância? Como lutar fisicamente se o direito brasileiro os entendia incapazes? Será que os 555 suicídios entre 2000 e 2011 algum dia vão ser reconhecidos como “luta dessa comunidade”?⁵⁴

⁵⁴ Veja essa recente matéria sobre o aumento dos índices de suicídio dos índios Kaiowá: <http://www.greenme.com.br/viver/costume-e-sociedade/1262-indices-de-suicidio-entre-indios-guarani-kaiowa-e-ate-12-vezes-maior-que-a-media-nacional>



Gargarella (2014) aposta que “pequenos passos” podem nos levar a mudanças importantes na *Casa de Máquinas da Constituição*. Nossa aposta é a de que tais mudanças no Judiciário passam necessariamente por uma análise da argumentação empregada. A Ciência Política e a Teoria da Autoridade tornaram-se “moda” no Constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Sua contribuição é muito bem vinda e poderia ser ainda melhor se fosse aprimorada pelo “olhar filosófico”. Um olhar que não reduz a filosofia política ao embate entre liberais e comunitaristas. Um olhar que destaca algo simples: o ativismo não se esgota no número empírico de decisões que anula leis do Parlamento; o ativismo não se limita ao estudo das diferentes formas de “decisões judiciais”; o ativismo não se limita ao exame das “capacidades institucionais” do Judiciário; o ativismo não se mede pela violação de “atos *interna corporis*”. Nada disso é suficiente se não nos dermos conta de que o “ativismo/passivismo” nocivos se materializam por argumentos permanentemente consequencialistas, pragmáticos e utilitaristas. Esse é o valor “*diferante*”⁵⁵ da fenomenologia pós-estruturalista de Jacques Derrida e de Emmanuel Lévinas. Esse é o gosto e o tempero que a “cozinha mineira” traz para a jurisdição constitucional brasileira”!

⁵⁵ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. O fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



Referências bibliográficas:

AARNIO, Aulis. La racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AKERMAN, Bruce. We the people. Foundations. Cambridge: Harvard University press, 1991.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução Zilda Hutchionson Shild Silva. São Paulo: ed. Landy, 2001.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: ed. Malheiros, 2008.

AMAR, Akhil; HIRSCH, Alan. For the people: what the constitution really says about your rights. New York: Viking, 1963.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo I. Rio de Janeiro: 2001.

_____, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2002.

BRASIL. Casa Civil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Decreto n. 19.656 de 03 de fevereiro de 1931. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19656.htm> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto n. 19.711 de 18 de fevereiro de 1931. Diário Oficial da União. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19711-18-fevereiro-1931-517595-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 21 mar. 2016.



BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto n. 20.106 de 13 de junho de 1931. Diário Oficial da União. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20106-13-junho-1931-504626-publicacaooriginal-1-pe.html>.> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm.> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Ato Institucional n. 2 de 27 de outubro de 1965. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm.> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Ato Institucional n. 3 de 03 de fevereiro de 1966. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm.> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm.> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Ato Institucional n. 6 de 01 de fevereiro de 1969. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm.> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Lei 7. 347 de 24 de julho de 1985. Diário Oficial da União. Disponível em: < BRASIL. Casa Civil. Ato Institucional n. 6 de 01 de fevereiro de 1969. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm.> Acesso em: 21 mar. 2016.> Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2015.

BRASIL. Casa Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 26 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 249.026/DF. Relator: Ministro José Delgado. 1ª. Turma. Site Oficial do STJ: www.stj.jus.br. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&t>



ermo=200000158534&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79.812/SP. Relator: Ministro Celso de Melo. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+79812%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+79812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/abeqvuh>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Relator dos processo Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão Ministro Maurício Correia. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Julgado em 17 de set. de 2003. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Julgado em 7 de dez. de 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1625725>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1354/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Julgado em 7 de dez. de 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1626351>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES. Relator: Ministro Maurício Correa. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+670%2ENUM%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cswygf3>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+708%2ENUM%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/chjgwcw>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 758/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Disponível em: <



<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+758%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+758%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bj7a9pq>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.602-3/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26602%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26602%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4mlgv3>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Publicado em 26/11/2012. DJE n. 247. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 29 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Publicado em 30/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 21 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845.779/SC. Relator: Luís Roberto Barros – Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em 26 de nov.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845.779/SC. Relator: Luís Roberto Barros – Pleno. Diário Judicial Eletrônico. 09 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em 26 de nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 4039/DF. Relator: Teori Zavaski – 2ª Turma. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Julgamento em 25/11/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>>. Acesso em 26 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 4070/DF. Relator: Teori Zavaski – Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Julgamento em 05/05/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4892330>>. Acesso em 26 de maio de 2016.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Teori Zavaski – Pleno. Site Oficial do STF: www.stf.jus.br. Publicado em 17/05/2016 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 26 de maio de 2016.

BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação Contra Legem: a Teoria do Discurso e a Justificação. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil. Publicado em 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>> acesso em 01 abr. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos nos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio (org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2003.

CHUERI, Vera Karam de. Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição: a PEC 33, seus limites e possibilidades. Jornal Gazeta do Povo. Curitiba, 10 mai. 2013.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2 ed. Belo Horizonte: ed. DelRey, 2005.

_____, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: ed. Arraes, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. Além do Positivismo Jurídico. Belo Horizonte: ed. Arraes, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CORRÊA, Gustavo Hermont. Ministério Público: um super-herói em busca de responsabilidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza,



WYKROTA, Leonardo Martins (Org.). (O) Outro (e) (o) Direito. vol. 2. Belo Horizonte: ed. Arraes, 2015, p. 130-169.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram. Regras e Princípios: uma visão franciscana. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, WYKROTA, Leonardo Martins (Org.). (O) Outro (e) (o) Direito. vol. 1. Belo Horizonte: ed. Arraes, 2015. p. 114-182.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz; MARCONTEs, Thereza Cristina Bohleu Bitencourt. Ativismo judicial e a decisão dos homoafetivos no Supremo Tribunal Federal. In: ALVES, Cândice Lisboa (org.). Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2015, p. 167-193.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SALDANHA, Fernanda Monteiro. Por uma interpretação não utilitarista do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, WYKROTA, Leonardo Martins (Org.). (O) Outro (e) (o) Direito. vol. 1. Belo Horizonte: ed. Arraes, 2015. p. 52-113.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, WYKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, WYKROTA, Leonardo Martins (Org.). (O) Outro (e) (o) Direito. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, WYKROTA, Leonardo Martins. vol. 1. Belo Horizonte: ed. Arraes, 2015. p. 1-51.

CUNHA, Carneiro da. Opinião 49 – Princípio Da Primazia do Julgamento Do Mérito. Publicado em 30 mar de 2015. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>> acesso em 01 abr. 2016.

DERRIDA, Jacques. Força de lei. O fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. Editorial 53. Publicado em: 26 nov. de 2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-53/>> acesso em 01 abr. 2016.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: ed. Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica. v.1. 2. Ed. Salvador: ed. Jus Podivm, 2011.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: I - a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza de Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2012.



FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p. 35-72.

GARDBAUN, Stephen. The New Commonwealth model of Constitutionalism. American journal of comparative law. Baltimore: The American Society of Comparative Law, v. 49, n. 4, p. 707-760, 2001.

GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Ed. Katz Editores. 2014.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação. Tradução Milton Carmargo Mota. São Paulo: ed. Loyola, 2004.

_____, Jürgen. A inclusão do outro. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soeche. 3. ed., São Paulo: ed. Loyola, 2007.

HARVEY, David. Espaços de Esperança. Tradução Adail Ubirajara Sobral, Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Editora Loyola, 2015.

HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: The origins and the consequences of New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University, 2004.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientação sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Brasília, 2012. Disponível em <
https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989> Acesso em 25 de maio de 2016.

KNORRE, Leandro. Índice de suicídios entre índios guarani Kiowá é de até 12 vezes maior que a média nacional. 6 jan. 2015: Viver, 2015. Disponível em <
<http://www.greenme.com.br/viver/costume-e-sociedade/1262-indices-de-suicidio-entre-indios-guarani-kaiowa-e-ate-12-vezes-maior-que-a-media-nacional>> Acesso em 26 nov. 2015.

KOZICKY, Katya. Hebert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá, 2014.

KRAMER, Larry. Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade. Tradução Paola Bergallo. Madrid: Marcial pons, 2011.

KUHN, Thomas. Lógica da descoberta ou psicologia da pesquisa?. In: Lakatos, Imre & Musgrave, Alan (org.). A crítica e o desenvolvimento do conhecimento. Tradução Octávio Mendes Cajado. Revisão Técnica Pablo Mariconda. São Paulo: Cultrix, ed. Universidade de São Paulo, 1979.



REPATS

LÉVINAS, Émmanuel. Totalidade e Infinito. Ensaio sobre a Exterioridade. Tradução José Pinto Ribeiro e Revisão de Artur Mourão. 3. Ed. Lisboa: Edições 70, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito constitucional. Belo Horizonte: ed. Mandamentos, 2002.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PARKER, Richard. Here, The people rule: A constitutional populist manifest. Cambridge: Harvard University press, 1994.

POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Mariana Mota Prado. São Paulo: ed. Martins Fontes, 2007.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Constitucionalismo democrático: por uma reconciliação entre Constituição y Pueblo. Tradução Leonardo Garcia Jaramillo. Buenos Aires: ed. Siglo XXI, 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. República e Federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia constituição e realidade. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, p. 741-823, jan./jun. 2003.

_____. Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2004.

SANTA CATARINA, Processo Apelação Cível n. 2012.9304-1/Capital. Relator Desembargador Fernando Carioni – 3ª Câmara de Direito Civil. Site oficial do TJSC: www.tjsc.jus.br. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20120193041>>. Acesso em 26 de nov. 2015.

SANTA CATARINA, Processo Apelação Cível n. 2012.9304-1/Capital. Relator Desembargador Fernando Carioni – 3ª Câmara de Direito Civil. Site oficial do TJSC: www.tjsc.jus.br. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000LIGB0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4466814&xpdf=true>>. Acesso em 26 de nov. 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Souza. MENESES, Maria Paula (Coords.) Epistemologias do Sul.. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31-67.



SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (org.). Direitos Sociais Fundamentais, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

SCHAUER, Frederick. *Prescriptions in three dimensions*. 82 Iowa L. Rev. 1996-1997, p. 911-922. In: HeinOnline. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/82iowa_1_rev911_1997.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2016.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7.ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2007.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: ed. Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STF. Pleno – Suspenso julgamento que discute tratamento social dos transexuais. Youtube. 20 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57_Ku6c>. Acesso em 26 nov. 2015.

SUNSTEIN, Cass. *Burkean Minimalism*. Michigan Law Review, Ann Arbor: Michigan University, v. 105, n. 02, p. 353-408, 2006.

_____. *A Constituição parcial*. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2009.

_____. *A Constitution of Many Minds – Why the Founding Document Doesn't Mean What it Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. *Acuerdos carentes de una teoria constitucional completa em derecho constitucional y otros ensayos*. Tradução Alícia Maria Fernández Cali. Universidad Icesi, 2010.

_____. *Constitutional Personae*. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2292027>> Acesso em 23 de setembro de 2013.

_____. *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper. n. 147. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>.



_____. Interest Groups in America Public Law. Stanford Law Review. Stanford, v. 38. n. 01, p. 29-87, 1985.

SUPREMA CORTE AMERICANA. Dred Scott vs. Sandford 60 U.S. 19.343 (1857).

SUPREMA CORTE AMERICANA. Korematsu vs. United States 323 U.S. 214 (1944).

SUPREMA CORTE AMERICANA. Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VERMEULE, Adrian. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University press. 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito FGV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. v. 04. n. 02, 2008.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 21, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em 30 de nov. 2015.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: ed. Martins Fontes, 2003.

WILLIAMS, James. Pós-estruturalismo. Tradução Caio Liudvig. Petrópolis: Ed. Vozes. 2012.

WITTGSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. São Paulo: ed. Abril Cultural, 1975.

