

## **O JUDICIÁRIO COMO PORTAL DE RESPOSTAS OBRIGATÓRIAS: REFLEXOS DA POTENCIALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS**

## **THE JUDICIAL BRANCH AS A PORTAL OF REQUIRED ANSWERS: REFLEXES OF THE POTENCIALIZATION OF PRINCIPLES**

**ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA**

Mestre e Doutora em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC PR. Doutorado sanduíche na Osgoode Hall Law School (2008/2009). Professora de Direito Constitucional da Graduação e do Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil – NUPECONST.

**UBIRAJARA CARLOS MENDES**

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Humanos pela Universidad Pablo de Olavide Sevilla-ES. Aperfeiçoamento em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP. Professor da Graduação em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 9ª Região.

### **RESUMO**

Com estas notas objetiva-se difundir considerações sobre o conteúdo potencializador dos direitos humanos, a inflexionar princípios difusores de um novo modo de se ver as decisões das Cortes Constitucionais, no plano da constitucionalização ou quando decidem temas polêmicos por reclamos sociais, ante um “*déficit* legislativo”. Aspectos relacionais com a cultura do *common law*, agregam novas perspectivas de se conceber um linear sistema decisório sobre o *stare decisis*, mostrando que se deve assumir uma postura de redução de perplexidade de

que o Direito deve ter interação política, notadamente de que em construção uma dogmática preocupada com a segurança jurídica não assegurada no mundo hermético do positivismo legislado.

**Palavras - chave:** Jurisdição constitucional – Princípios – *Common law* e *Civil law*.

### ABSTRACT

With this notes we hope to bring thoughts about the maximizing capacities of human rights, irradiating principles of a new way of evaluating the Constitutional Courts decisions, in the plane of constitutionalization or when they decide on controvertial social complaints when facing a “legislative deficit”. Relating aspects with the Common Law culture bring together new perspectives in the conceiving of a linear decisive system about the “stare decisis”, showing that we must assume a less shocked posture about political interaction with the legal sphere, noting that it is in construction a juridical dogmatic concerned with legal safety not assured in a hermetic world of the law made positivism.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction – Principles – Common Law – Civil Law.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo foi influenciado pelos muitos aspectos instigadores da proximidade relacional do *civil law* e *common law*, decorrente da consideração de princípios com a substanciação material e moral dos direitos humanos, de considerações sobre o *judicial review*, da factível adoção do *stare decisis* no âmbito da Jurisdição Constitucional Brasileira.

Objetiva ainda incursionar sobre aspectos da consolidação democrática e eventual *déficit* democrático pelo ativismo judicial decorrente de inserções políticas e morais advindas dos princípios no âmbito decisório, diante ainda de *déficit* legislativo, decorrente de possível imobilismo do Poder Legislativo, que não responde, ou responde tardiamente, às emergências de solução de uma sociedade em constante transformação, notadamente quando em foco temas político-

legislativos polêmicos, como a anencefalia, o aborto, a homofobia, a união homossexual, a reforma política, e outros temas.

Sem a presença da modulação legislativa correta e por vezes a edição da “lei possível” decorrente dos colores partidário-políticos, reduz-se a significação e o alcance de seus propósitos com direta implicação na ampliação do espectro interpretativo, máxime quando se considera o pouco indicativo dispositivo de finalização: *revogam-se as disposições em contrário*, a contribuir para que uma rede de interligações com outros comandos passem a sofrer inflexão ou passem a ingressar na discussão de validade, das incompletudes, dos parciais raciocínios conflituosos, contraditórios, antinômicos, que culminam por repercutir nas divergências de interpretação e na disceptação de julgados, mas os juízes têm a obrigação de julgar – e o Supremo Tribunal Federal vem de cumprir com exação no enfrentamento de questões polêmicas e de oferecer respostas à sociedade, norteando o viés decisório de todas as instâncias dos poderes da República.

## **1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **1.1 A Constituição Federal de 1988 e os Princípios**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa a consolidação do Estado Constitucional Democrático brasileiro, consignando em seu preâmbulo, como objetivo, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias<sup>1</sup>.

A atual Carta Constitucional brasileira elenca dentre seus princípios fundamentais, dispostos no Título I, o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte geradora dos demais direitos fundamentais e como princípio irradiador a todo o ordenamento jurídico e à organização estrutural Estatal, neste sentido Arion Sayão Romita assevera que,

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

*A dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário. [...] A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado de direito e, também, 'valor supremo da democracia'. [...] Uma vez que a Constituição engloba os conceitos (estado de direito e Estado democrático) numa só frase (Estado democrático de direito), a dignidade da pessoa humana fundamenta dois dos princípios estruturantes do Estado brasileiro: o Estado de direito e a democracia. Qualquer que seja o aspecto pelo qual o tema seja enfocado, sobressai a dignidade da pessoa humana como valor supremo que fundamenta todo o ordenamento jurídico brasileiro.*<sup>2</sup> (grifos acrescentados).

Além do princípio da dignidade da pessoa humana a Constituição Federal de 1988 traz como princípios fundamentais da República a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, salientando como princípio democrático que todo poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.

Muitos são os princípios constantes do texto constitucional, de especial importância o princípio da igualdade, da liberdade e da legalidade, dentre outros, exurgindo que a Carta Magna brasileira, além das características dispostas em sua clássica disposição como formal, escrita, legal, dogmática, promulgada, rígida e analítica, sua estrutura também compreende, inclusive de forma expressa, os princípios informadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo a concepção delineada por Robert Alexy, conhecido com “jusnaturalista fraco”<sup>3</sup> porque estabelece ligações entre o direito e a moral, numa relação tênue não extremando radicalidade deduzida de sua tese sobre a ponderação, os princípios correspondem a espécie do gênero norma, de modo que toda norma é ou uma regra ou um princípio. Segundo seu pensamento, constituem “mandamentos de otimização”.<sup>4</sup> Distinguem-se das regras porquanto “os princípios

---

<sup>2</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005, p. 251.

<sup>3</sup> FIGUEROA, Alfonso García apud MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 151.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das qualidades jurídicas e fáticas existentes”.<sup>5</sup> As regras, por sua vez, constituem “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.<sup>6</sup>

Alexy explica que as regras e os princípios constituem razões de naturezas distintas, assim as regras são razões definitivas ao passo que os princípios são razões *prima facie*<sup>7</sup>. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva aduz,

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres), ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.<sup>8</sup>

A Constituição de 1988, entendida como portadora dos princípios fundamentais que caracterizam o regime político do Estado Constitucional, se entendidos pela visão mais ampla, consignam que os princípios nela estabelecidos devem ser respeitados por todos, inclusive pelo legislador infraconstitucional, neste sentido eventual violação a tais preceitos corresponde a um ataque direto à própria identidade política da comunidade que a instituiu.

Os princípios ganham especial relevância neste viés, porque norteiam o ordenamento jurídico, político e estatal, como propulsores da necessidade de se atribuir maior efetividade aos direitos fundamentais do homem e como meio de realização do bem comum, importando compreender os contornos das distinções entre as espécies normativas e seus respectivos critérios como condição indispensável para a unidade no sistema jurídico.

Para Gilmar Ferreira Mendes os princípios correspondem a “*standards* normativos”<sup>9</sup>, verdadeiros mandatos de otimização que de uma forma diversa das regras:

---

<sup>5</sup> ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

<sup>6</sup> ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

<sup>7</sup> ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 106.

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.45.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocência M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

Não se apresentam como imperativos categóricos, mandatos definitivos nem ordenações de vigência diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam motivos para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido.<sup>10</sup>

Obtém-se ainda da leitura de Gilmar Ferreira Mendes neste contexto, que os princípios representam pontos de partida norteadores ao legislador e ao aplicador do direito, principalmente no que atine aos princípios abarcados pelo texto constitucional. Segundo seu entendimento,

Os princípios não são – ou ainda não são – regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que sinalizam – aí se detém o legislador – para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso.<sup>11</sup>

Os princípios compõem um processo dialético e de composição com todo o ordenamento<sup>12</sup>, possuindo especial importância em uma dimensão institucional, pois “constituem fatores de criação e manutenção de unidade política”.<sup>13</sup>

Sobre a normatividade dos princípios, concluiu Bonavides:

Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder<sup>14</sup>.

O caráter fundamental dos princípios também reside em sua posição hierárquica no sistema de fontes na medida em que estão previstos pelo texto Constitucional, bem como pela sua importância estrutural no sistema jurídico alicerçado pelo princípio do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>10</sup> MENDES et al, **Curso de direito constitucional**, p. 34.

<sup>11</sup> MENDES et al, **Curso de direito constitucional**, p. 34.

<sup>12</sup> “Em decisão paradigmática sobre o modo como se desenvolve o jogo da aplicação dos princípios jurídicos, o STF assentou que, em face da Constituição de 1988, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social – valores inconciliáveis, se vistos em abstrato ou tomados em sentido absoluto –, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros”. MENDES et al, **Curso de direito constitucional**, p. 35.

<sup>13</sup> MENDES et al, **Curso de direito constitucional**, p. 35.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 255.

J. J. Gomes Canotilho<sup>15</sup>, na leitura sequencial à ideação em foco, ressalta que os princípios constituem *standards* juridicamente vinculantes, radicados na exigência de justiça ou na ideia de direito, já as regras são normas vinculativas com conteúdo meramente funcional. Pontua a natureza “normogenética fundamentante”<sup>16</sup> dos princípios, segundo a qual os princípios são fundamentos das regras, são normas que estão na base ou formam a razão das regras jurídicas.

A constituição democrática brasileira é dotada de um texto constitucional aberto pautado nos princípios<sup>17</sup> e nos direitos fundamentais, os quais trazem grande conteúdo axiológico ao regramento constitucional, representando a moralidade política brasileira fundada sob a premissa do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, os princípios, segundo as proposições de Dworkin, devem ser observados como norteadores do direcionamento a ser seguido pelos operadores do Direito, bem como pelo legislador, “a teoria de Dworkin, traz os princípios – e consequentemente os valores – para a órbita do Direito, destacando a sua normatividade e obrigatoriedade de sua observância.”<sup>18</sup>

Para Dworkin “o modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista”<sup>19</sup>. Assevera ainda, que os princípios no que tange à comunidade sobre a qual eles se aplicam,

Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> MENDES et al, **Curso de direito constitucional**, p. 39.

<sup>16</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ªed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 1034-1035.

<sup>17</sup> Os princípios “enunciam uma razão que conduz ao argumento em uma certa direção. Por exemplo, do princípio da proteção do hipossuficiente, em causas trabalhistas, não é possível extrair uma consequência automática, em abstrato: mas num caso concreto, o juiz poderá deferir ou indeferir determinado pedido, sob este fundamento, porquanto a conduta em sentido diverso violaria o seu enunciado”. LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. **Teoria dos princípios em Dworkin**. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, v. 20, n. 39, mar. 2010, p. 346.

<sup>18</sup> LACERDA, **Teoria dos princípios em Dworkin**, p. 349.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 256.

<sup>20</sup> DWORKIN, **O império do direito**, p. 257.

A evolução deste tema, a juízo próprio, entre nós está em movimento ascendente de importância e ainda não venceu toda a sua extensão de efeitos, ao ponto de fundamentar a existência de um sistema estruturante próprio com repercussões na efetividade das relações humanas e sociais.

## 1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana como princípio irradiante

O positivismo jurídico em sua essência, traduzido pela compreensão do direito como norma, estabelecida pelo ordenamento jurídico-positivo de cada Estado, cuja validade é decorrente do procedimento seguido para sua elaboração, caracterizado pela aplicação da teoria da subsunção dos fatos à norma, afastou do direito outras espécies de conhecimento como a moral, a ética e a sociologia.

As leis decorrentes de tal modelo mostraram-se demasiadamente neutras e formais<sup>21</sup>, incapazes de acompanhar as necessidades postas com os diversos valores apresentados pela sociedade e por seus processos sociais. O princípio desta desconectividade entre a norma e a realidade social transpareceu com as grandes Guerras Mundiais<sup>22</sup>, nas quais ocorreram gritantes violações dos direitos fundamentais, pautadas na legalidade do sistema.

---

<sup>21</sup> “Essa mutação operada pela ‘crise’ dessas visões da lei e do Poder Legislativo terminará por questionar sua capacidade para ordenar adequadamente a vida social e política e suporá a definitiva superação do Estado legislativo de direito como modelo de ordenação social e a necessidade de reformular e restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. Isso denota que o *Estado legislativo de direito, em face de sua conjunção a uma concepção positivista de direito, não era capaz de formular a realização aproximativa de um ideal moral que pudesse romper com a noção do direito como positivado e seguir à esteira do direito dimensionado*, não mais numa filosofia da consciência, mas inserido numa filosofia da linguagem intersubjetiva construtiva da normatividade. E isso se justificava até por uma questão de sobrevivência daquele modelo de Estado. Em suma: o positivismo jurídico do Estado legalista estava prisioneiro de uma ontologia substancial, já que, para o mesmo, o direito era identificado com a lei positiva dada, sendo constituído, portanto, como algo inteiramente objetivo (ontologizado)”. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 19. (grifos acrescentados).

<sup>22</sup> “[...] o Estado de Direito até então existente era meramente formal, o que permitiu o desrespeito aos direitos humanos perpetrados durante a Segunda Grande Guerra, o que foi fundamentado na lei. Ou seja, o que se tinha era uma concepção meramente positivista de um ordenamento jurídico ‘indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal’ como aconteceu com o regime nazista e fascista que ganharam força e apoio na legalidade, tendo sido promovida a barbárie e a violação aos direitos em nome da lei”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de

Ante os novos desafios apresentados pelas duas grandes Guerras o direito se aproximou de valores morais e éticos, pois, apesar de se ter um Estado de Direito, ficou comprovado que este, alicerçado na supremacia do Parlamento, não foi capaz de proteger direitos humanos contra as barbaridades perpetradas contra a pessoa humana<sup>23</sup>, a exemplo de se atribuir validade a regimes de terror.

Acrescenta-se que, a partir de então, o direito resgata valores éticos e morais, especialmente com foco central na proteção da dignidade da pessoa humana, isto se dá por meio de adoção de constituições democráticas que vêm estabelecer rol de direitos fundamentais protegidos das maiorias parlamentares.

O Estado Democrático de Direito, na busca pela superação deste panorama e calcado na afirmação do caráter normativo da Constituição, vem estabelecer limites materiais ao Estado com o objetivo de promover primordialmente o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, através da normatização de princípios que traduzem valores morais, políticos e sociais.

Os direitos humanos e fundamentais passaram a ser afirmados como categoria autônoma, centralizada na valorização da pessoa e no enaltecimento do princípio da dignidade, cuja previsão expressa nos textos constitucionais dos Estados e nas normativas internacionais, restou efetivada através do processo do constitucionalismo<sup>24</sup>, inaugurando uma nova era na tutela dos direitos humanos e fundamentais.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana compreendido como fonte matriz geradora dos demais direitos fundamentais, vem atuar na valorização e proteção da pessoa, vinculando o Poder Público e outros particulares à sua observância.

Nesta transição do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito, o

---

common law e civil law. Tese de Doutorado, PUC PR, 2011, p. 63.

<sup>23</sup> BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law, p. 64.

<sup>24</sup> Na tese da autora, BARBOZA cita o termo Revolução Constitucional apresentado por Cappelletti “para caracterizar essa mudança ocorrida na Europa do pós Segunda Guerra Mundial, que estabelece uma Constituição com catálogo de direitos fundamentais dotada de força normativa e com a previsão de uma máquina judicial que possa dar efetividade a este novo instrumento”. BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law, p. 67.

princípio da dignidade da pessoa humana, antes visto apenas como limitação do poder estatal, passou também a carregar em seu conteúdo a necessidade de implementação e concretização dos direitos estabelecidos pelo Estado.

Neste contexto, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi apresenta a utilização da premissa da integridade proposta por Dworkin na percepção do princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo a autora,

Pode muito bem ser aplicada na compreensão desse princípio, “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.<sup>25</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, neste contexto, é apresentado como princípio fundamental, o qual compreende em sua abrangência os demais direitos fundamentais inerentes ao homem, assim compreendidos, por parte da doutrina, como direitos inerentes a condição de pessoa humana. E neste sentido, sua observância é vital para conformação do ordenamento jurídico segundo os ditames de uma sociedade livre, justa e solidária, como asseverado pela Carta Constitucional brasileira.

Esta temática de muita recorrência entre os tratadistas contemporâneos, a despeito de sua difusão, aprofundamento e reconhecimento no plano teórico não tem se convertido em realidade concreta e por isso, ainda muito deve ser escrito e falado, para que a repetição, quem sabe, possa incutir efetividade nas mentes e corações e que, ainda que há passos graduais se possa empreender realidade no dia-a-dia das pessoas – não apenas teorizado mas concretizado – esta recorrência não pode ser superada pela recorrência de crise, tema de contramarcha a estes propósitos. O debate deve se manter vivo e incandescente.

---

<sup>25</sup> PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 18.

## 2. DÉFICIT DEMOCRÁTICO, LEGISLATIVO E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

O art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, fundando-se como Estado Democrático de Direito e por esta estrutura transfere um sistema de equilíbrio entre os Poderes, com freios e contrapesos, de tal arte que, um regime de liberdades e de valor ao ser humano não pudesse ser manipulado contra os princípios fundante do sistema.

Com o fito de permitir o funcionamento do sistema a Constituição também estabeleceu a convivência harmônica e independente entre os órgãos de poder que, nas palavras de Canotilho, apud Alexandre de Moraes, corresponde a “deontologia política fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido de responsabilidade de Estado”<sup>26</sup>.

Em mira a parcela de soberania estatal que lhes é atribuída como função predominante, correspondentes a legislar, administrar e julgar, a questão que se pontua e que se discute nos dias atuais se concentra nas funções e aumento das atividades do Judiciário, principalmente em questões de cunho constitucional relacionadas à proteção dos direitos fundamentais e sua concretização, como decorrência desse movimento, o Judiciário brasileiro tem sofrido severa crítica, no sentido de que não é órgão competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo, e, portanto, não teria legitimidade democrática para manifestar-se sobre tais questões.

Na abertura do Ano legislativo de 2008 do Congresso Nacional a Ministra Ellen Gracie ressaltou que o Poder Judiciário possui como atividade principal “a prestação de serviços de justiça”<sup>27</sup>, todavia, ante a ausência de regulamentação específica para fins de concretização de direitos, vem sendo deixado à cargo do

---

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.408.

<sup>27</sup> GRACIE, Ellen. Discurso de abertura dos trabalhos do Congresso Nacional no Ano Legislativo de 2008. In: **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 07 fev. 2008, p. A6.

Poder Judiciário a responsabilidade pela tomada de decisões quanto a estes direitos previstos pelo texto constitucional.

Notadamente, em uma democracia o Legislativo possui a tarefa primordial de tomar as decisões em relação às políticas a serem implementadas no país, bem como de aprovar as leis necessárias à completude dos ditames constitucionais, especialmente no que atine a promoção dos direitos fundamentais, buscando alcançar os anseios da sociedade. Neste sentido, além de restarem disciplinadas as formas de produção legislativa, em um Estado Constitucional de direito também estão estabelecidas proibições e obrigações de conteúdo, correlativas à observância dos direitos fundamentais e sociais pelo mesmo legislador.

Em que se considere o procedimento democrático de elaboração de leis, segundo os ditames de participação política da sociedade, representada pelo legislativo, cujos componentes foram eleitos também através de um procedimento democrático de escolha, a busca pela proteção e efetivação de direitos previstos pela Constituição vem sendo feita pela sociedade junto ao Judiciário ante a ausência de normativas aprovadas pelo órgão dotado de competência institucional no sentido de estabelecer a obrigatoriedade da administração pública em implementar as políticas ansiadas pela população, muitas, aliás, de primeira necessidade, como exemplo o acesso a tratamentos complexos de saúde.

Em um Estado Democrático de Direito, pautado pelos ditames constitucionais, notadamente, o ideal de democracia corresponderia ao perfeito desenvolvimento de atividades por cada um dos Poderes institucionais e pela participação popular nos ditames do país, sem que houvesse, a fim de que as necessidades sejam realizadas, a possibilidade de interferências entre uma instituição e outra.

Na concepção da “democracia procedimental”<sup>28</sup> a defesa do procedimento democrático, como expressão da soberania popular, confunde-se com a garantia de participação política e do acesso a processos deliberativos justos,

---

<sup>28</sup> Explica-se: “essa concepção de democracia vê a jurisdição constitucional como garantidora apenas procedimental dos princípios democráticos, de forma a ajudar na compreensão e, quiçá, solução da tensão existente entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: Entre o constitucionalismo e a democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.25.

independentemente dos resultados a serem atingidos através destes procedimentos<sup>29</sup>.

Segundo Carlos Santiago Nino:

Uma concepção abrangente de constituição exige, além da organização do poder e de limites ao processo legislativo, também mecanismos jurídicos que assegurem um processo político público e aberto, no qual todos os afetados pelas decisões políticas tenham igual possibilidade de participar das decisões.<sup>30</sup>

Neste contexto, a competência para deliberar sobre conteúdo e limites dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais também seria dos órgãos legislativos, sendo que a atribuição de tal competência ao Judiciário seria contrária ao procedimento democrático.

Em que pese as louváveis considerações quanto ao ideal de democracia pela efetiva participação popular no processo deliberativo democrático, a realidade que se apresenta transpõe a necessidade premente de soluções imediatas. O constante movimento da realidade social junto ao surgimento de necessidades outras não previstas pelo legislador, mas abarcadas pela protetiva constitucional, corroboram a busca pela satisfação destas questões pela via mais próxima, rápida e direta. Para Luiz Werneck Vianna esta situação transformou o juiz em protagonista direto das questões sociais, pois:

Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> BARBOZA, *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*, p.25.

<sup>30</sup> NINO, Carlos Santiago. ***The Constitution of deliberative democracy***. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 1

<sup>31</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. São Paulo: Tempo Social, v. 19, n. 2, nov/2007, pp. 39-85. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 04 de maio de 2011, p. 41.

A ausência de modulação legislativa correta e por vezes a edição da *lei possível* decorrente dos colares partidário-políticos, reduz-se a significação e o alcance de seus propósitos com direta implicação na ampliação do espectro interpretativo, a contribuir para que uma rede de interligações com outros comandos passe a sofrer inflexão ou passe a ingressar na discussão de validade, das incompletudes, dos parciais raciocínios conflituosos, contraditórios, antinômicos, que culminam por repercutir nas divergências de interpretação e na disceptação de julgados, notadamente necessários para a resolução dos clamores da sociedade ante este *déficit* legislativo crônico.

De outro lado subsiste o entendimento, como em Ran Hirschl<sup>32</sup>, de que esta transferência de ações e responsabilidade dos órgãos legislativo e executivo ao judiciário ocorre em seus melhores interesses, na medida em que pode corresponder à redução dos custos pessoais. Se a delegação pode reduzir a culpa atribuída ou aumentar o crédito dos políticos então é clara e perceptível a vantagem da delegação, que ainda pode ser benéfica quando surgem questões que se desejam manter afastadas do debate público, notadamente quando representam dilemas políticos, não vitoriosos, sobre questões polêmicas para a sociedade, como anencefalia, aborto, homofobia, união homossexual, a marcha da maconha como liberdade de expressão, reforma política, dentre tantos outros temas característicos da sociedade plural em que vivemos.

Ainda que se fale em *déficit* democrático, o Poder Judiciário, nas palavras de A. Garapon, surge como “o muro das lamentações do mundo moderno”<sup>33</sup>. A necessidade e a aproximação da população ao Judiciário ocasionou o fenômeno identificado por Luiz Werneck Vianna como o “boom da litigação”, que, segundo o autor, corresponde a um fenômeno mundial capaz de converter “a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> HIRSCHL, Ran. ***Towards Juristocracy***: The origins and consequences of the New ***Constitutionalism***. Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1-49.

<sup>33</sup> VIANNA et al, ***Dezessete anos de judicialização da política***, p. 40.

<sup>34</sup> VIANNA et al, ***Dezessete anos de judicialização da política***, p. 40.

### 3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

#### 3.1 Jurisdição constitucional e o Paralelismo do sistema *common law* com o *civil law*

A adoção de um catálogo de direitos fundamentais nas Cartas Constitucionais dos Estados passaram a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis com elas incompatíveis, implicando em um aumento na procura ao Judiciário para resolver litígios decorrentes dos direitos assegurados pelo texto constitucional, provocando muitas vezes manifestações sobre assuntos de cunho político, subjacentes ao interesse de toda a sociedade.

Este aumento na demanda pelo Judiciário, cujo fenômeno é denominado de ativismo judicial e/ou judicialização da política<sup>35</sup>, resulta de um complexo conjunto de causas. Não obstante, é certo que muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais, o são por partidos políticos ou por grupos de interesses, e, portanto, não pode ser vista como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político.<sup>36</sup>

Neste cenário de aumento da atividade e de importância em relação às decisões políticas do Estado<sup>37</sup>, ocorre uma aproximação do sistema do *civil law* com o do *common law*<sup>38</sup>. Da abstração e generalidade dos princípios inferidos do texto constitucional, os quais passam a limitar a lei que também deve estar adequada aos

---

<sup>35</sup> Neste sentido a judicialização da política “pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais”. BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**, p. 75.

<sup>36</sup> BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**, p. 83.

<sup>37</sup> BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**, p. 72.

<sup>38</sup> “Veja-se que o caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do *common law*, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional. Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto.” BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**, p. 73-74.

direitos fundamentais, sobressai a necessidade da atividade jurisdicional como fonte de concretização e observância destes direitos.

Como explicado por Luiz Guilherme Marinoni, o juiz do *civil law*, ao contrário de seus princípios clássicos, passa a desenvolver papel tão criativo quanto o do juiz do *common law*,

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição.<sup>39</sup>

Todavia, há que se ressaltar que no sistema do *common law* há o respeito aos precedentes como fontes do direito, Marinoni, neste sentido, assevera,

Quando se diz que o juiz do *common law* cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Legislativo, isto é, da lei. A decisão não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes. Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito.<sup>40</sup>

Não se pode esquecer de que a funcionalidade do modelo americano 'repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, no momento em que a Suprema Corte decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais', adquirindo a decisão eficácia *erga omnes*.

A experiência norte-americana é importante na medida em que consegue compatibilizar a adoção de uma Constituição escrita com a construção jurisprudencial do direito, comum à tradição do *common law*. Assim, apesar de ter um texto constitucional escrito, nunca se considerou que ele pudesse ser completo,

---

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito UFPR, nº 49, 2009, p. 39.

<sup>40</sup> MARINONI, **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**, p. 19.

aceitando-se, assim, a ideia de que o direito deve ser construído historicamente de acordo com seus contextos sociais e culturais.<sup>41</sup>

Há que se considerar que a lei não possui a capacidade de prever todas as circunstâncias fáticas que se apresentam à tutela jurisdicional, haja vista a pluralidade complexa da qual nossa sociedade é formada e ao constante movimento dos clamores sociais. A necessidade decorrente do caso concreto implica na busca de possíveis soluções através dos princípios inerentes ao sistema jurídico, em especial a aplicação dos princípios constitucionais segundo a primazia do princípio matriz da dignidade da pessoa humana, para, ao conformar o sistema, se encontrar a devida solução à situação fática em análise.

Neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni ressalta a importância do sistema de precedentes a fim de conferir maior segurança jurídica ao sistema, pois segundo sua concepção,

O juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas a aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.<sup>42</sup>

Não somente a vinculação aos precedentes em si considerados é importante para trazer segurança jurídica ao sistema, como também devem ser observados:

O conjunto de princípios que lhe fundamentaram, além do conjunto de princípios erigidos pela comunidade política que estejam previstos quer na Constituição, quer na legislação, quer nos precedentes judiciais, quer na prática constitucional.<sup>43</sup>

A previsão constitucional dos direitos fundamentais e a consideração dos princípios constitucionais como normas presentes no ordenamento delinearam um

---

<sup>41</sup> BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law, p. 50-51.

<sup>42</sup> MARINONI, **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**, p. 52.

<sup>43</sup> BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law, p. 199.

novo papel ao Judiciário relacionado à concretização destes direitos, colocando-o, como anteriormente aduzido, como protagonista das questões sociais<sup>44</sup>.

As decisões judiciais devem respeitar o princípio da segurança jurídica, na medida em que produzem efeitos ao caso concreto, neste sentido, a teoria do direito como integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin<sup>45</sup>, seria capaz de garantir a aplicação de uma decisão coerente dotada de segurança jurídica.

Interpretar o melhor direito como integridade também representa a observância da moralidade política de uma comunidade, de modo que compete ao juiz, na construção coerente da decisão, elaborar um esquema, do ponto de vista vertical e horizontal, dotado de princípios abstratos e concretos que sejam capazes de fornecer uma justificação coerente a todos os precedentes do direito<sup>46</sup>.

Na busca da coerência nas decisões, com a aplicação de integridade na expressão do pensamento dworkiniano, se propõe uma analogia com a literatura, a ser criado um gênero literário artificial chamado de *romance em cadeia*<sup>47</sup>, segundo o qual o direito deve ser visto como um todo coerente e estruturado.

Ou seja, o direito como integridade pressupõe uma comunidade de princípios, sendo que a coerência não significa apenas seguir os precedentes, a coerência deve se dar com os princípios da comunidade, sendo que o juiz não poderá se afastar da linha das decisões anteriores, não podendo se descurar dos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. As afirmações jurídicas interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> VIANNA et al, **Dezessete anos de judicialização da política**, p. 41.

<sup>45</sup> “a segurança e a estabilidade que se propõem não estarão na certeza ou na previsibilidade da decisão em si, em se saber o que vai ser julgado, mas na certeza de que os Ministros julgarão de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que as pessoas têm o que é possível na adoção da doutrina do *stare decisis* que envolve que a vinculação dos tribunais ao passado significa que podem aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo.”. BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**, p. 212.

<sup>46</sup> BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**, p. 217.

<sup>47</sup> Este romance em cadeia “exige que cada autor, ao escrever um novo capítulo, interprete tudo o que foi escrito até então, com a compreensão ‘de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro’, ou seja, deve ter em vista que está diante da criação de um único romance, como se fosse obra de um único autor. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve.”. BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**, p. 218.

<sup>48</sup> BARBOZA, **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da**

Veja-se que as proposições neste plano de análise encontram muitos elementos comuns e relacionais aos sistemas de *common law*, reclamando dos juristas novos esforços para a transposição da aplicação principiológica mais segura e efetiva decorrente da emergente aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais.

### 3.2 Atuação do Tribunal Constitucional Brasileiro

A despeito das considerações anteriores alinhavadas em notas de recensão, superadas as dúvidas de que os princípios têm eficácia normativa, axiológica, ética, são dotados de eficácia jurídica, de aplicabilidade direta e imediata, com a consequente superação do dogma da objetividade do Direito, da neutralidade do intérprete e de que a sentença em determinadas hipóteses não é mais mera consequência de giros de uma engrenagem mecânica, vem a debate o interesse por decisões constitucionais com ênfase em apreciações valorativas, principiológicas, deduzidas dos princípios fundamentais ou prescritivas ante a ausência de pronunciamento legislativo.

Como exemplos da atuação do Supremo Tribunal Federal de casos complexos para os quais inexistente legislação infraconstitucional específica, mas para os quais a sociedade reclama solução, podemos citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, de 05 de maio de 2011, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, pautados no princípio da igualdade. Segundo a decisão o princípio da igualdade impede a discriminação por sexo, de modo que o disposto no art. 1.723 do Código Civil<sup>49</sup> não se sobrepõe ao texto constitucional, especificadamente ao art. 3º, IV, da CF/88, segundo o qual um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consiste em “promover o bem de

---

aproximação dos sistemas de common law e civil law, p. 220 e 225.

<sup>49</sup> Art. 1.723, caput, do Código Civil: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva da editora Saraiva. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>50</sup>, como se verifica na transcrição:

*Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.*

*Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica –, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática.*

Busca-se, com o acolhimento da postulação deduzida pelo autor, a consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos e instituições, estimula a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões – como esta que ora é proferida pelo Supremo Tribunal Federal – que põem termo a injustas divisões, fundadas em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao espírito do tempo, possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns.<sup>51</sup> (grifos acrescentados).

Nesta mesma linha, o Ministro Celso de Mello, em 01 de julho de 2011, cassou decisão que inviabilizava união entre homossexuais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>52</sup>, ressaltando que o afeto também se trata de “valor jurídico

---

<sup>50</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>51</sup> **ADI nº 4277. Relator: MIN. AYRES BRITTO.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>. Acessado em: 25 de julho de 2011.

<sup>52</sup> EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS.

impregnado de natureza constitucional, que consolida, no contexto de nosso sistema normativo, um novo paradigma no plano das relações familiares, justificado pelo advento da Constituição Federal de 1988”, repisando a decisão já proferida na citada ADIN, nas seguintes palavras:

Ao assim decidir sobre a questão, o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. (...) com esse julgamento, deu-se um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado, injustamente, grupos minoritários em nosso país, permitindo-se, com tal orientação jurisprudencial, a remoção de graves obstáculos que, até agora, inviabilizavam a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente justa, plenamente legítima e democraticamente inclusiva. (...) Tenho por fundamental, ainda, na resolução do presente litígio, o reconhecimento de que assiste, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana, acrescentou em sua decisão.<sup>53</sup>

Também foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal questão de natureza extremamente conflitante, através da ação ajuizada pela Procuradoria-Geral da

---

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso Extraordinário (RE) 477554/MG. Relator: MIN. CELSO DE MELLO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185034>. Acessado em: 26 de julho de 2011.

<sup>53</sup> **Recurso Extraordinário (RE) 477554/MG. Relator: MIN. CELSO DE MELLO.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185034>. Acessado em: 26 de julho de 2011.

República, sobre a interpretação dada ao art. 287 do Código Penal<sup>54</sup>, no sentido de discutir se as marchas pró-legalização da maconha se tratavam ou não de apologia ao crime. O Supremo reconheceu que o ato constitui pleno exercício do direito de reunião e de liberdade de expressão do pensamento, constitucionalmente assegurado<sup>55</sup>.

No que tange à jurisprudência da Corte Constitucional brasileira, Paulo Bonavides ressalta o avanço positivo no que tange à aplicação dos princípios constitucionais em suas decisões, como se infere do excerto a seguir transcrito:

Aí se consubstancia o avanço mais considerável, mais positivo, mais importante da época constitucional que o país ora vive e atravessa. Ao manter a decisão histórica do Tribunal Superior Eleitoral sobre a fidelidade partidária, aquele órgão da magistratura, ao que tudo indica, inaugurou na esfera constitucional uma nova era em que a supremacia da Constituição é, em primeiro lugar, a supremacia dos princípios. De princípios se compõe toda a medula do sistema. Caso não se arrede, pois dessa posição, o Supremo doravante caminha na direção certa. *O futuro da Constituição e da democracia reside em concretizar princípios, em reconhecer-lhe a força imperativa, em formar a convicção incontrastável e sólida de que eles legitimam os Poderes constitucionais.* E o fazem já no âmbito teórico, já no domínio da prática, em que o que mais importa é estabelecer a república da liberdade e dos direitos fundamentais. Portanto, aquela que sempre esteve nas aspirações do povo brasileiro desde as nascentes da nacionalidade.<sup>56</sup> (grifos acrescentados).

A estes argumentos, por derradeiro, o Poder Judiciário, como portal de respostas obrigatórias vem recebendo os clamores sociais conflitivos, compondo-se

---

<sup>54</sup> Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa. BRASIL. **Código Penal**. Obra coletiva da editora Saraiva. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>55</sup> "Ora, a liberdade de expressão não pode ser tida apenas como um direito a falar aquilo que as pessoas querem ouvir, ou ao menos aquilo que lhes é indiferente. Definitivamente, não. Liberdade de expressão existe precisamente para proteger as manifestações que incomodam agentes públicos e privados, que são capazes de gerar reflexões e modificar opiniões. Impedir o livre trânsito de ideias é, portanto, ir de encontro ao conteúdo básico da liberdade de expressão. Ante o quadro, julgo inteiramente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para conferir interpretação conforme a Carta da República ao artigo 287 do Decreto-Lei nº 2.848/40, afastando a aplicação do dispositivo às manifestações públicas em favor da descriminalização de substâncias psicotrópicas, em especial a denominada "marcha da maconha". É como voto." (Voto do Ministro Marco Aurélio). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187 - Distrito Federal. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187MMA.pdf>. Acessado em: 01 de agosto de 2011.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. **Senado Federal e STF: queda e ascensão**. Folha de São Paulo, 26 de outubro de 2007, pág. A3.

como mediador necessário ao implemento dos direitos, consequentes ou não da deficiência legislativa, dependentes ou não de apreciações valorativas, transcendentais ou não às transformações sociais, que rapidamente se estabelecem na complexa realidade e são imediatamente transferidos para a análise do Judiciário – o poder para o qual se reclama dos demais – este espaço é produto de um Estado Constitucional e Democrático.

## CONCLUSÃO

São inegáveis os efeitos de abertura hermenêutica e o novo perfil epistemológico deduzidos da centralidade de respeito aos princípios de direitos fundamentais e direitos humanos, a sobrelevação da dignidade humana, evidência transcontinental que passou a constar como obrigatória na grande maioria das constituições ocidentais e mais, mostra-se referencial de essência elementar e ponto comum de identidade supranacional, ainda que não se obtenha consenso sobre a extensão de efeitos no direito privado ou mesmo a dedução de um sistema a ser estruturado.

Na sua essência são portadores de potenciais valores e não dispõem de um arquétipo específico de pré-compreensão, que se possa dele inteligir medida de redução, ampliação ou restrição, senão diante da presença de uma realidade que efetivamente exerce influência capital, não se comportando como a abstração disposta na lei e dela a dedução subsuntiva, absolutamente pura decorrente do positivismo legislado por premissas lógico-dedutivas.

Razoável se inferir diante da reconhecida habilidade dos juristas ingleses na *arte* da aplicação das formas tradicionais abertas, antigas e principiológicas às novas exigências da vida moderna, com a cultura já estabelecida e experimentada de que há razões fortes para melhor se compreender aquele sistema, notadamente a vinculação aos precedentes judiciais, e nestes, independente do sistema a ser considerado, o ponto de encontro relacional e proximal.

Os delineamentos de referência do *commom law* e do *civil law* se aproximam quando examinam impressões decisórias que não encontram molde típico na

moldura positivista legislada, pela inexistência de textura contrátil na lei ou mesmo pela sua não edição, ou diante da ausência tipológica de moldagem comparativa ou na transposição dos contornos interpretativos, a despeito de não se desconhecer os delineamentos diversos destes dois sistemas.

Sem pretender ingressar na discussão sobre o advento de uma separação em casos fáceis e casos difíceis (*hard cases and easy cases*) ou mesmo o tónus para esta identificação, mas na *práxis* forense certas questões decisórias materiais se mostram mais lineares, se conformam no fato e se ajustam ao axioma da lei não suscitando transcendência extraordinária no exame de conteúdo moral, se a moral deduzida é objetiva ou objetivada e se esta ou não contida na lei, se depende ou não de lei escrita e típica (palavra por palavra, intenção por intenção), se é antecedente ou é transcendente aos propósitos pelos quais foi ideada ou decorre de uma moral universal, para estas as respostas podem ser conferidas. Para outras, todos os aportes, inclusive os que se buscam no portal do *common law*.

Não se está sugerindo o abandono de um sistema ou a adoção de outro, mas as complexidades se relacionam quando a realidade fática conflituosa levada a julgamento não tem uma resposta pronta, nem mesmo precedentes efetivamente correspondentes, de Tribunais Superiores ou de mesmo nível ou qualquer outra referência, nem há comando subsuntivo próprio ou proximal, senão as prospecções de pré-compreensão e de aberturas permitidas por princípios que transferem pensamentos de elevação, da busca do bem como um signo do portal da dignidade humana, dos direitos humanos.

Deve-se ter que toda contribuição é bem-vinda, pois o desiderato é a direção da melhor decisão, seja qual for o ferramental de aplicação, sobrelevando-se o respeito que deve ser devotado às partes, às pessoas, aos seres humanos e suas complexidades, para os quais sim, o seu precedente é o precedente de sua vida – é único.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. Tese de Doutorado, PUC PR, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**: Entre o constitucionalismo e a democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 255

\_\_\_\_\_. **Senado Federal e STF: queda e ascensão**. Folha de São Paulo, 26 de outubro de 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI Nº 4277**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>. Acessado em: 25 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/2011**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>. Acessado em: 25 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 477554/MG**. Recurso Extraordinário. Recorrente: Edson Vander de Souza. Recorridos: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e Carmem Mello de Aquino Netta representada por Elizabeth Alves Cabral. Relator: Ministro Celso de Mello. 01 de julho de 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185034>.

Acessado em: 26 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 187**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 15 de junho de 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187MMA.pdf>.

Acessado em: 01 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Obra coletiva da editora Saraiva. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Obra coletiva da editora Saraiva. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRACIE, Ellen. Discurso de abertura dos trabalhos do Congresso Nacional no Ano Legislativo de 2008. In: **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 07 fev. 2008.

HIRSCHL, Han. **Towards Juristocracy**: The origins and consequences of the New Constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. **Teoria dos princípios em Dworkin**. Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília v. 20, n. 39, mar. 2010, p. 340-365.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito UFPR, nº 49, 2009, p. 11-58.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocência M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins.

**Dezessete anos de judicialização da política**. São Paulo: Tempo Social, v. 19, n. 2, nov/2007, pp. 39-85. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso)

[20702007000200002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 04 de maio de 2011.