

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

JOÃO EDUARDO ANDRADE PEREIRA

**A EFETIVIDADE DA CIDADANIA POR MEIO DA PARTICIPAÇÃO
DO *AMICUS CURIAE* COMO UMA FERRAMENTA DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

FRANCA

2023

JOÃO EDUARDO ANDRADE PEREIRA

**A EFETIVIDADE DA CIDADANIA POR MEIO DA PARTICIPAÇÃO
DO *AMICUS CURIAE* COMO UMA FERRAMENTA DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentado à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP, como pré-requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Linha de pesquisa: Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault.

FRANCA

2023

P436e

Pereira, João Eduardo Andrade

A efetividade da cidadania por meio da participação do Amicus Curiae como uma ferramenta da hermenêutica constitucional / João Eduardo Andrade Pereira. -- Franca, 2023
232 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: Carlos Eduardo de Abreu Boucault

1. Amicus Curiae. 2. Cidadania. 3. Controle de constitucionalidade.
4. Hermenêutica. 5. Jurisdição Constitucional. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

Impacto Potencial da Pesquisa

A pesquisa apresenta impactos científicos em potencial na medida que oferece ideias a profissionais do direito e estudiosos ao identificar erros e sucessos nas intervenções de *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF. O estudo incentiva o fortalecimento de representantes da sociedade na busca de direitos constitucionais por meio judicial.

Potential Impact of this Research

The research holds potential scientific impacts as it provides insights to legal professionals and scholars by identifying errors and successes in the interventions of *amici curiae* in the concentrated constitutional review carried out by the Supreme Federal Court (STF). The study encourages the empowerment of societal representatives in the pursuit of constitutional rights through judicial means.

JOÃO EDUARDO ANDRADE PEREIRA

**A EFETIVIDADE DA CIDADANIA POR MEIO DA PARTICIPAÇÃO
DO *AMICUS CURIAE* COMO UMA FERRAMENTA DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho”, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP.

1º Examinador: _____

Prof. Dr. Daniel Damasio Borges, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP.

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Silvio Marques Garcia, Faculdade de Direito de Franca – FDF.

Franca, 29 de agosto de 2023.

*Dedico este trabalho a minha querida Joana e
ao meu parceirinho Romeu. Estarão sempre em
meu coração.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar, por ter me dado força para a conclusão deste trabalho.

Agradeço, também, aos meus familiares e amigos pelo pronto amparo nos momentos de que precisei e pela compreensão nos momentos que me ausentei, especialmente aos meus pais, Paulo Vicente Almeida Pereira e Cristiane Andrade Almeida Pereira, e ao meu irmão, Luis Felipe Andrade Pereira, com os quais nutro o sentimento de amor mais puro e verdadeiro.

Um agradecimento especial a minha namorada, Monise Xavier de Oliveira, por ter se disponibilizado a enfrentar este desafio comigo. Viver em sua companhia me ajudou muito, ela foi paciente, me incentivou e me forneceu doses diárias de carinho para que a trilha fosse cumprida de forma mais leve. Reforçou a cumplicidade, a parceria e o amor que sempre sonhei ter de alguém que estivesse ao meu lado.

Agradeço aos meus professores e professoras que participaram desta caminhada, principalmente ao meu querido Professor e Orientador Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, que não mediu esforços para me auxiliar nas dificuldades encontradas na escrita desta dissertação. Gostaria de ressaltar, também, meu agradecimento pelas contribuições dos Professores Dr. Murilo Gaspardo e Dr. José Duarte Neto com os apontamentos tecidos durante o Exame de Qualificação, me foram de grande valia e, por isso, a minha gratidão.

Agradeço ao meu avô e Professor Gaspar Eduardo de Paiva Pereira por todo apoio na minha carreira no mundo jurídico externado em longas e proveitosas chamadas por telefone e por me inspirar a seguir na carreira como docente.

Por fim, agradeço àqueles que cruzaram meu caminho durante esta trajetória. Todos os meus chefes e chefas de estágio, meus alunos e alunas, os servidores e servidoras da Unesp Franca, meus colegas de pós-graduação, enfim, todos sempre serão felizes recordações em minhas memórias.

*É fazendo que se aprende a fazer aquilo que se
deve aprender a fazer.*
(Aristóteles)

PEREIRA, João Eduardo Andrade. **A efetividade da cidadania por meio da participação do *Amicus Curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional.** 2023. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca/SP, 2023.

RESUMO

Este trabalho procura trazer uma abordagem da atuação do instituto do *amicus curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania com o objetivo de contribuir com o aperfeiçoamento na utilização deste instituto para a concretização efetiva dos direitos que desta decorrem. Foi feito um recorte temático de atuação apenas dentro do controle concentrado de constitucionalidade e foi levantada a hipótese de que a figura agiria positivamente na busca pela concretização de direitos cidadãos. Para isso, foram trazidos aspectos teórico-conceituais sobre a própria cidadania, sobre a hermenêutica constitucional, com um enfoque na teoria da interpretação aberta da Constituição de Peter Häberle e sobre o instituto do *amicus curiae*, com informações sobre sua atuação no âmbito das ações julgadas dentro do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. Em sequência, foi feito um exercício reflexivo que procurou correlacionar os assuntos trazidos e analisá-los de forma a entender se a hipótese formulada era verdadeira ou não. Entendeu-se que a figura do *amicus curiae* pode, sim, ser tida como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania, visto que a sua conceituação, a sua natureza jurídica e a sua forma de atuação dentro do controle concentrado evidenciam que o instituto influi no exercício hermenêutico-constitucional dos intérpretes das normas que efetivaram de algum direito ao fim do julgamento. Esta influência se dá por meio de uma atuação com memoriais e sustentações orais que só são permitidas de serem apresentadas pelos que estão na qualidade de *amicus*, se estes cumprirem o requisito de representatividade e se a matéria sob discussão for relevante, como exige a legislação. Assim, a finalização do trabalho contou com um estudo ilustrativo, por meio de uma análise qualitativa, de um caso concreto que corroborou com a veracidade da hipótese levantada, vez que, no caso, houve atuação do instituto e esta influenciou positivamente no julgamento que estava sendo feito, principalmente na efetivação de um direito que estava em risco.

Palavras-chave: *amicus curiae*. cidadania. controle concentrado de constitucionalidade. ferramenta. hermenêutica constitucional.

PEREIRA, João Eduardo Andrade. **A efetividade da cidadania por meio da participação do *Amicus Curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional.** 2023. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca/SP, 2023.

ABSTRACT

This work seeks to bring an approach to the role of the *amicus curiae* institute as a tool of constitutional hermeneutics for the realization of citizenship, aiming to contribute to the improvement in the use of this institute for the effective realization of the rights arising from it. A thematic focus was made on its performance only within the concentrated control of constitutionality, and the hypothesis was raised that this figure would act positively in the pursuit of the realization of citizenship rights. To do this, theoretical-conceptual aspects of citizenship itself, constitutional hermeneutics, with a focus on Peter Häberle's theory of open interpretation of the Constitution, and the *amicus curiae* institute were presented, including information about its role in the scope of actions judged within the concentrated control of constitutionality by the Brazilian Supreme Federal Court (STF). Subsequently, a reflective exercise was conducted, seeking to correlate the topics presented and analyze them to understand if the formulated hypothesis was true or not. It was understood that the figure of the *amicus curiae* can indeed be considered a tool of constitutional hermeneutics for the realization of citizenship, given that its conceptualization, its legal nature, and its manner of acting within concentrated control demonstrate that the institute influences the hermeneutic-constitutional exercise of the norms' interpreters that effectively derive some right by the end of the judgment. This influence occurs through interventions with briefs and oral arguments, which are only allowed to be presented by those who qualify as *amicus* if they meet the representativeness requirement and if the subject under discussion is relevant, as required by legislation. Thus, the conclusion of the work included an illustrative study through qualitative analysis of a specific case that corroborated the veracity of the raised hypothesis, as, in the case, the institute's intervention positively influenced the ongoing judgment, especially in the realization of a right that was at risk.

Keywords: *amicus curiae*. citizenship. concentrated control of constitutionality. tool. constitutional hermeneutics.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SIMBOLOS

ADC(s)	Ação(ões) Declaratória(s) de Constitucionalidade
ADI(s)	Ação(ões) Direta(s) de Inconstitucionalidade
ADO(s)	Ação(ões) Direta(s) de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF(s)	Arguição(ões) de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
Art(s).	Artigo(s)
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
ed.	edição
GAI	Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
Min.	Ministro
nº(s)	número(s)
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p.	página
PGR	Procuradoria-Geral da República
RI	Representação de Inconstitucionalidade
STF	Supremo Tribunal Federal
v.	volume
§	parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DA CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICO-CONCEITUAL SOBRE CIDADANIA.....	16
1.1. Contextualização teórico-conceitual da Cidadania.....	17
1.1.1. A cidadania na Grécia e em Roma na antiguidade	18
1.1.2. A cidadania na idade média.....	21
1.1.3. A cidadania moderna após revoluções	23
1.1.4. A cidadania no século XX e os direitos sociais.....	29
1.2. A genealogia da cidadania no Brasil	35
1.2.1. O contexto da colônia	36
1.2.2. A Estado Brasileiro.....	38
1.2.3. A República Brasileira.....	39
1.2.4. A Ditadura Militar	41
1.2.5. A redemocratização	44
1.3. A cidadania na democracia: o papel do Poder Judiciário	47
2 A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A TEORIA SOBRE A CONSTITUIÇÃO ABERTA DE INTÉRPRETES DE PETER HÄBERLE	53
2.1 A evolução da hermenêutica	54
2.1.1. A Hermenêutica Filosófica.....	56
2.1.2. A Hermenêutica Jurídica	59
2.1.3. A Hermenêutica Constitucional.....	61
2.2 A Hermenêutica Constitucional no Poder Judiciário.....	72
2.3 A constituição aberta de intérpretes de Peter Häberle	77
3 O AMICUS CURIAE	83
3.1 O início do <i>amicus curiae</i>.....	84
3.2 A aparição do <i>Amicus Curiae</i> no ordenamento jurídico brasileiro.....	90
3.3 O <i>Amicus Curiae</i> dentro do controle concentrado de constitucionalidade.....	96
3.4 O <i>Amicus Curiae</i> como uma ferramenta da Hermenêutica Constitucional na efetivação da cidadania	103
3.4.1 Conceito e natureza jurídica	104
3.4.2 <i>Amicus</i> , Häberle e hermenêutica constitucional	106
3.4.3 Uma ferramenta na efetivação da cidadania.....	109
4 ANÁLISE QUALITATIVA DA ATUAÇÃO DOS AMICI CURIAE NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	113
4.1 Apresentação do caso – Julgamento da ADI nº4.227-DF e ADPF nº132.....	114

4.1.1	Aspectos materiais do julgamento	114
4.1.2	Os aspectos procedimentais do julgamento	117
4.2	A relação dos argumentos apresentados pelos <i>amici curiae</i> com a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania.....	120
	CONCLUSÃO	129
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136
	ANEXOS	147
	ANEXO A – EMENTA JULGAMENTO ADI Nº 4.277-DF	148
	ANEXO B – VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADI Nº 4.277-DF	154
	ANEXO C – MEMORIAIS DO GRUPO ARCO-IRIS NA QUALIDADE DE <i>AMICUS CURIAE</i> NA ADPF Nº 132-RJ	205

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem o intuito de analisar o instituto do *amicus curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional na efetivação da cidadania, com o objetivo de contribuir com o aperfeiçoamento na utilização deste instituto para a concretização efetiva dos direitos decorrentes da cidadania.

A concepção de cidadania que se tem atualmente passou por inúmeras e graduais evoluções durante a história, fazendo-se necessário um estudo teórico-conceitual contextualizado neste tema até que se chegue na constituição da sociedade democrática brasileira atual e que possibilitou o exercício de uma democracia mais participativa e plural. Ainda assim, em que pese se ter uma noção conceitual acerca do significado de cidadania, o desafio que se coloca ao longo dos últimos anos é de que sejam efetivados os direitos desta decorrentes.

Como formas de se buscar a efetivação da cidadania dentro das sociedades democráticas, a proteção e a disciplina das constituições acerca dos direitos fundamentais decorrentes do exercício da cidadania são as que têm o papel mais fundamental. São as constituições que, como norma maior de uma sociedade, vinculam os poderes e instituições e criam mecanismos de efetivação da cidadania.

O Poder Judiciário, como um dos poderes existentes no ordenamento jurídico brasileiro e detentor da função de defender os direitos de cada cidadão, deve promover a justiça na resolução de conflitos que surgem das relações sociais. Entretanto, a complexidade da vida em sociedade faz com que surjam problemas de difícil solução, de tal modo que, na mesma medida, necessitam de formas de resolução inteligentes, efetivas e que, principalmente, garantam a cidadania estabelecida e tutelada pela Constituição.

Nesse cenário, com grandes contribuições de Peter Häberle sobre a interpretação aberta da constituição, o *amicus curiae* surge como uma potencial ferramenta da hermenêutica constitucional para auxiliar na apreciação pelo judiciário de ações que envolvam temas de que possui estrita relação. Ele é um instituto *sui generis* dentro de um processo judicial, que ingressa na lide com o intuito de trazer argumentos relevantes, já que possui aproximação com o tema que está sendo discutido.

Assim, a atuação deste ator pode vir a influenciar decisões judiciais e, conseqüentemente, pode ajudar na efetivação da cidadania após, justamente, uma intervenção no modo como o julgador interpreta a legislação e o caso concreto, visto que é possibilitado a

este um ponto de vista de um *amicus* que tem aproximação e, conseqüentemente, propriedade sobre o tema sob discussão.

Portanto, o foco da pesquisa está em evidenciar como ocorre esta influência gerada pela atuação dos “amigos da corte” no poder decisório, quais as principais características dos argumentos trazidos pelos *amici curiae* e se estas modificações hermenêuticas constituem um avanço ou um retrocesso na busca por uma maior efetivação da cidadania.

Quanto à metodologia, adotou-se o processo hipotético-dedutivo, em que a hipótese levantada consiste na ideia de que o instituto *amicus curiae* se coloca como uma ferramenta da hermenêutica constitucional e atua na efetivação da cidadania. Deste modo, a pesquisa perpassou por um estudo doutrinário acerca da conceituação de cidadania, com posterior visão acerca do cenário que possibilitou o surgimento e a incorporação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a promulgação da Constituição de 1988.

Também, como uma forma de trazer noções conceituais que contribuíram com o desenvolvimento da pesquisa, foram oferecidos subsídios teóricos acerca da hermenêutica constitucional, que contaram com explicações sobre os métodos e princípios que integram a matéria, todos sendo apresentados dentro de seus respectivos marcos teóricos e com alusão aos principais pensadores que desenvolveram suas pesquisas neste campo do conhecimento, e, mais especificamente, dentro da teoria apresentada por Peter Häberle sobre a interpretação aberta da Constituição, que se configura como a principal ideia que possibilita a atuação do *amicus curiae*.

Em seguida, houve a apresentação mais detalhada do próprio instituto *amicus curiae*, que contou com pesquisas legislativas e doutrinárias, principalmente acerca do seu surgimento, das suas principais características e sua atuação dentro ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente dentro do controle concentrado de constitucionalidade. Assim, houve um exercício reflexivo sobre a hipótese levantada e se ela se sustenta diante do arcabouço conceitual apresentado.

Posteriormente, houve um estudo ilustrativo, com uma análise qualitativa de uma atuação relevante do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, com posterior elaboração de mais algumas considerações sobre a atuação desse personagem na busca pela efetivação dos direitos decorrentes do exercício da cidadania.

Assim, o primeiro capítulo ocupou-se em estudar as concepções da cidadania, o desenvolvimento e evolução do conceito com o passar dos anos e a relação entre a cidadania e democracia, com ênfase no papel do Poder Judiciário. Na parte em que se estudou a cidadania,

o enfoque será dado na contextualização teórico-conceitual, que perpassou brevemente pelos marcos históricos da antiguidade, da idade média, das revoluções e do Estado Moderno, com um subtópico dedicado à genealogia da cidadania no Brasil, com considerações sobre o período colonial, o Estado brasileiro, a República, o Regime Militar e a Redemocratização.

Em análise complementar, colocou-se luz acerca do estudo sobre a cidadania estabelecida pela Constituição de 1988, norma maior da República Federativa do Brasil e que disciplina os arranjos em todas as esferas do poder em busca da efetivação dos direitos decorrentes da cidadania. Pretendeu-se, principalmente, analisar a referida norma no que tange à tutela destes direitos pelo Poder Judiciário.

O Capítulo II apresentou a evolução do conceito de hermenêutica constitucional, ou seja, de início, será feita uma breve comparação entre a hermenêutica filosófica, jurídica e constitucional, com complementações acerca de marcos teóricos importantes, como o desenvolvimento do positivismo e pós-positivismo, sendo aludidos e evidenciados os teóricos mais relevantes para o estudo que a presente pesquisa pretende fazer. Houve, também, a apresentação e explicação dos métodos e princípios que abrangem a disciplina e que, através das conceituações axiológicas, serviu como um arcabouço teórico-conceitual que também auxiliou o desenvolvimento da pesquisa.

Já o estudo sobre a interpretação aberta da constituição ocorreu especificamente seguindo a teoria defendida por Peter Häberle, autor que também figurou como marco teórico da pesquisa, tendo em vista que contribuiu com reflexões que traçaram as bases para a colocação do instituto do *amicus curie* em lugar de destaque no agir hermenêutico-constitucional. Tais bases se fazem importantes para um melhor entendimento do papel a ser desempenhado pelo *amicus curiae*, principalmente no que diz respeito à intervenção deste em processos ocorridos no controle concentrado de constitucionalidade.

No terceiro capítulo, foi estudado detalhadamente o instituto do *amicus curiae*, com uma breve passagem pela origem do instituto, mas com enfoque na posição deste instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com mais realce na sua atuação dentro do controle concentrado de constitucionalidade, e, principalmente, nas características que o fizeram ser uma potencial ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação dos direitos decorrentes do exercício da cidadania.

Assim, colocado todo este arcabouço teórico-conceitual, no quarto capítulo, foi possível analisar qualitativamente uma atuação exemplar do *amicus curiae*, que ilustrou de que maneira ocorre esta dinâmica de interferência dos argumentos levantados por algum instituto nesta qualidade nas decisões do Poder Judiciário em processos envolvendo direitos decorrentes da

cidadania dentro controle concentrado de constitucionalidade, vistos da perspectiva da hermenêutica constitucional. Retomando-se o que motivou a presente pesquisa, haverá uma análise final sobre a relação dos argumentos apresentados por aqueles que estavam na condição de *amicus curiae* com a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania.

1 DA CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICO-CONCEITUAL SOBRE CIDADANIA

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, que tem por objetivo analisar sob uma perspectiva da hermenêutica constitucional a atuação do instituto do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos na efetivação da cidadania, é importante que sejam apresentados os subsídios teóricos e conceituais para a compreensão de como funciona toda esta engrenagem e os seus mecanismos fique facilitada.

A análise dos aspectos históricos e do desenvolvimento da sociedade ocidental é fundamental para a feitura deste trabalho acadêmico, principalmente no que tange a assuntos que envolvem as diferentes formas de conceitos contidos na palavra “cidadania”, pois permite compreender o contexto em que o objeto de estudo está inserido e entender como ele se desenvolveu ao longo do tempo. Isso é particularmente importante em áreas como a História, a Sociologia, a Antropologia e a Filosofia, que frequentemente buscam compreender as raízes de problemas sociais e políticos atuais. No Direito é ainda mais, visto que é em seu campo que está a possibilidade do estudo acerca da forma com que a cidadania pode ser efetivada.

O uso de métodos históricos é essencial para uma análise mais crítica e completa dos objetos de estudo, pois permite a compreensão das relações de poder que permeiam as sociedades, das mudanças nas estruturas políticas e econômicas e das transformações culturais que afetam as pessoas. Além disso, a análise histórica pode ajudar a identificar as continuidades e descontinuidades nas trajetórias dos objetos de estudo, bem como a compreender os fatores que influenciaram seu desenvolvimento.

No caso dos estudos que seguirão contextualizando teórico-conceitualmente a cidadania, a análise histórica pode ser particularmente relevante, já que essa sociedade foi marcada por transformações profundas em diversos aspectos, como a religião, a política, a economia e a cultura. Assim, a análise destes aspectos históricos e do desenvolvimento da sociedade, principalmente a ocidental é importante metodologicamente, vez que permite uma compreensão mais completa dos objetos de estudo, possibilita a identificação das mudanças e continuidades em suas trajetórias e ajuda a contextualizar as transformações sociais, culturais e políticas e que possuem consequências atualmente.

Portanto, não há como iniciar o estudo sem que tais bases conceituais estejam colocadas. Cumpre esclarecer que toda a abordagem histórica terá enfoque apenas nos acontecimentos que influíram diretamente na concepção de cidadania, seja de maneira positiva ou negativa, e que

outros tipos de acontecimentos, ainda que sejam importantes ao desenvolvimento econômico, político e social, só serão evidenciados sob um prisma em que ressaltadas as alterações que sejam relevantes para o presente estudo.

Assim, neste primeiro capítulo, abordar-se-ão todos estes mencionados conteúdos, de forma detalhada, para que este sirva de base para o desenvolvimento do raciocínio e que facilite o entendimento do que se pretende demonstrar com o presente trabalho.

1.1. Contextualização teórico-conceitual da Cidadania

A cidadania é um assunto basilar do presente estudo, assim, faz-se totalmente necessário um estudo minucioso acerca do conceito abarcado pela palavra, principalmente quanto à sua contextualização nos processos de transformação e desenvolvimento da sociedade para que, ao final, esteja claro o que, de fato, poderá ser efetivado com a interferência de alguma atuação dos “Amigos da Corte” em julgamento que envolva cidadania e os direitos que dela decorrem.

Iniciando com as contribuições do principal pensador sobre cidadania no mundo ocidental, Thomas Humphrey Marshall (1967, p. 76) dizia que:

A cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos àqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*. Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação a qual a aspiração pode ser dirigida. A insistência em seguir o caminho assim determinado equivale a uma insistência por uma medida efetiva de igualdade, um enriquecimento da matéria-prima do *status* e um aumento no número daqueles a quem é conferido o *status*.

Nesse sentido, Marshall (1967, p. 63-64) identifica um processo de aumento dos direitos de cidadania e dos indivíduos titulares do *status* de cidadão. O processo passou por uma evolução dos direitos decorrentes da cidadania que se iniciou, principalmente, no século XVIII, com a busca pela consolidação da ideia de direitos civis, seguido com a luta, no século XIX, pela realização dos direitos políticos e, por fim, no século XX, com a tentativa de se estabelecerem os direitos sociais, cuja efetivação está a ser tutelada pelas instituições, como os serviços públicos ou privados da área social, das escolas, dos tribunais, dos corpos

representativos e do governo como um todo.¹

Portanto, como parte desta contextualização que o capítulo pretende fazer, busca-se ressaltar alguns aspectos da cidadania, principalmente aqueles que são diretamente influenciados por fatores sociais, econômicos e políticos. Este caminho começará pela Antiguidade, passando pela Idade Média, pelo Estado Moderno até que se chegue no desenvolvimento de um estudo mais específico sobre a genealogia da cidadania no Brasil, com considerações sobre o período colonial, o Estado brasileiro, a República, o Regime Militar e a Redemocratização.

Em toda esta contextualização, serão ressaltadas características das sociedades e as principais alterações, fruto de revoluções ou outros acontecimentos históricos, que interferiram no modo como a cidadania era concebida até que se chegue na ideia que esta representa atualmente.

1.1.1. A cidadania na Grécia e em Roma na antiguidade

O contexto antigo, principalmente representado pela sociedade greco-romana, foi o primeiro a apresentar um cenário em que havia a possibilidade de surgirem discussões sobre o que é cidadania. Isto se deve ao fato de que os primeiros registros de povoamento e surgimento das civilizações ocorreram lá e naquele período. Como berço da civilização, os primeiros estudos sobre cidadania aconteceram na Grécia e em Roma².

A etimologia da palavra cidadania vem do latim *civitas*, que significa *cidade*, assim, na antiguidade, considerava-se cidadão aquele que fazia parte da cidade, tendo direitos e deveres

¹ De acordo como Professor de Teoria Política da Universidade de São Paulo, Cícero Araújo (2008, on-line), em uma entrevista concedida à UNIVESP TV, T. H. Marshall seguiu uma cronologia de desenvolvimento dos direitos da cidadania de acordo com o que foi vivenciado na Inglaterra. Em ordem cronológica, a história propiciou que primeiro fossem perseguidos os direitos civis, seguidos dos direitos políticos e, na sequência, os direitos sociais. Também alertou que tal ordem não se repetiu no desenvolvimento da cidadania brasileira, como será tratado no seguir do presente trabalho.

² Na antiguidade, ainda que tenha surgido a primeira sociedade democrática, faz-se necessária a nota que aponta o período como um que tratava as relações de poder como algo que vinha da vontade de uma divindade. Como pontua Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 42) “[...]assim como na antiguidade greco-romana, o detentor do poder se apresenta como instrumento da vontade de uma divindade, o mesmo ocorrendo no mundo ocidental após o advento do cristianismo, o que se verifica ainda no século XVIII, com a afirmação do direito divino dos reis.”

por habitar em uma delas³. Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 14), de modo direto, apresenta a principal concepção que predominava naquela época acerca do que representava cidadania:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.

Desta forma, ainda que tenha tido ao menos um início sobre a concepção de cidadania, observava-se quão restrita e individualizada era essa à época. Assim, a cidadania mostrava-se como um privilégio destinado a poucas pessoas que, em sua maioria, eram detentores de poderes governamentais, de bens materiais e inseridos em uma sociedade estratificada e hierarquizada.

Segundo o Prof. Arno Dal Ri Júnior (2004, p. 174-175), o que definia alguém como cidadão era apenas o laço sanguíneo. Assim, ainda que um pai fosse considerado desertor, o seu filho tinha sua cidadania garantida, exceto, apenas, se sua mãe fosse estrangeira. Deste modo, ao completar dezoito anos de idade, havia a necessidade do indivíduo se apresentar a uma assembleia para que fosse analisada sua ascendência e, como consequência, garantir ou não a sua cidadania.

O autor ainda detalha (RI JÚNIOR, 2004, p. 171):

Na evolução da sociedade grega antiga, o interesse em defender a cidade-Estado transforma-se em sentimento subjetivo de bem comum em relação à polis. Sentimento que deve claramente transcender a todos os interesses pessoais do cidadão. Assim sendo, eram considerados cidadãos todos os homens livres que pertenciam aos grupos que contribuíam ativamente à organização da comunidade. Além de possuidor de um vínculo de origem com o território da comunidade, o cidadão grego deveria ser homem, livre, de grande despojamento pessoal e de participação, em prol dos interesses da polis. Por conseguirem identificar os próprios interesses pessoais com o da Cidade-Estado, estes eram considerados homens “virtuosos” e “sábios”.

Carlos Nelson Coutinho (1999, p. 43), com mais detalhes, traz a visão de Aristóteles sobre a definição de cidadão daquela época e aborda mais alguns aspectos que colocam a definição de cidadania daquele tempo em seu lugar, ou seja, de que era destinada a poucos indivíduos:

³ Em pesquisa feita ao Dicionário da Academia de Ciências de Lisboa (2001) aponta-se que a palavra de raiz grega *polis* também significa *cidade* e, em consequência, a palavra *politize* traz o significado de “participação na vida da cidade”. Já o mesmo estudo, sob perspectiva do latim indica que a etimologia de *civitas*, *atis*, ou seja, cidade, traduz-se como uma “unidade territorial e política na Antiguidade, cujos membros se governavam a si próprios”; “cidadão”, portanto, seria a alguém com plena posse dos seus direitos políticos e civis para com um estado livre e vulnerável a todas as obrigações que decorrem dessa condição.

E foi precisamente com base nisso que Aristóteles definiu o cidadão: para ele, cidadão era todo aquele que tinha o direito (e conseqüentemente, também o dever) de contribuir para a formação do governo, participando ativamente das assembleias nas quais se tomaram as decisões que envolviam a coletividade e exercendo os cargos que executavam essas decisões.

Mas é importante registrar que a teoria e a prática da cidadania entre os gregos clássicos estava longe de possuir uma dimensão universal.

[...]

Para os gregos, mesmo nas situações mais democráticas, como em Atenas nos séculos V e IV a. C, estavam excluídos dos direitos de cidadania os escravos, as mulheres e os estrangeiros, os quais, em conjunto, constituíam mais de três quartos da população adulta ateniense.

Já em Roma, o cenário conta com algumas diferenças, sendo a principal a estratificação social. No contexto romano, a cidadania estava ligada à capacidade de exercer direitos políticos e civis, sendo estes detidos apenas pelos homens livres. Assim, os homens livres podiam exercer cargos públicos, participar politicamente e obter vantagens fiscais. A distinção mais presente ocorria apenas entre os homens livres e os escravos, entretanto os livres dividiam-se em subcategorias também estratificadas, em formato piramidal (DALLARI, 2011, p. 59).

No topo da pirâmide, havia os “patrícios”, camada que representava os grandes proprietários de terras e escravos e que também exerciam os maiores cargos políticos. Logo abaixo, vinham os “plebeus”, que representavam os agricultores, os comerciantes e os artesãos. Por último, na camada mais baixa entre os homens livres, encontravam-se os “clientes”, que eram os trabalhadores que prestavam serviços aos “patrícios” e não possuíam propriedades. Também formando a camada mais numerosa em Roma, estavam os escravos, que eram compostos pelos prisioneiros de batalhas ou por aqueles que tinham algum tipo de dívida ainda não paga (DALLARI, 2011, p. 59).

Insta expor que a cidadania em Roma não pode ter um significado único, já que passou por inúmeras transformações, como bem explica Ri Júnior (2004, p. 180):

[...] num primeiro momento, o sistema jurídico romano se utilizava prevalentemente do critério *jus sanguinis* para a aquisição da cidadania. Era cidadão romano o filho de cidadão romano. Era a concepção de que somente os membros do grupo ético-cultural romano podiam aceder a cidadania romana. Neste âmbito, o *jus soli* vinha preterido e utilizado em pouquíssimas e raras ocasiões, como critério subsidiário em relação ao *jus sanguinis*.

O contexto social comum à Grécia e a Roma é explicado pelo Prof. Fábio Konder Comparato (1993, on-line), que detalha a convivência entre as pessoas na época e ressalta o viés político de que qualquer tentativa de conceituação de cidadania traria:

Em contraste com essa pujança do *status* político, o indivíduo na civilização greco-romana não gozava de nenhuma liberdade privada. Como salientou Fustel de Coulanges em sua obra clássica, “o cidadão estava em todas as coisas submetido, sem reserva alguma, à cidade; pertencia-lhe inteiramente”, tanto na guerra quanto na paz. Não havia, praticamente, vida privada. Muitas cidades gregas proibiam o celibato. Outras, o trabalho manual, ou contraditoriamente, a ociosidade. Até a moda era objeto de regulação pública: a legislação espartana determinava o penteado das mulheres e a de Atenas proibia que elas levassem em viagem mais de três vestidos. Em Rodes, a lei impedia os homens de se barbearem e em Esparta eles eram obrigados a raspar o bigode.

Deste modo, o ponto fucral acerca da concepção de cidadania que surgiu na antiguidade é o de que foram lançadas as bases para fundamentar apenas a sua existência. Ainda que estivesse longe de um ideal, a criação de instituições que davam poderes de determinar a convivência a uma camada da população direciona o ímpeto de práticas cidadãs, mas que prioriza a participação dos que eram privilegiados por seus laços sanguíneos ou por seus bens.

1.1.2. A cidadania na idade média

Na medida em que Roma transformava-se em Império, o sentido do termo “cidadania” veio se aperfeiçoando de maneira gradual. Com o advento do modo de produção feudal, houve, também, um processo intenso de sujeição do indivíduo à autoridade soberana. Assim, os contextos cultural, social e econômico não trouxeram grandes avanços em relação às práticas de cidadania. A principal característica da sociedade na Idade Média era a relação do senhor feudal com o vassalo, o que, conseqüentemente, enfraqueceu alguns direitos já conquistados anteriormente.⁴

Desde logo se percebe que, no Estado Medieval, a ordem era sempre bastante precária, pela improvisação das chefias, pelo abandono ou pela transformação de padrões tradicionais, pela presença de uma burocracia voraz e quase sempre todo-poderosa, pela constante situação de guerra, e, inevitavelmente, pela própria indefinição das fronteiras políticas (DALLARI, 2011, p. 62-63).

⁴ Vale ressaltar que há, no período medieval, a noção clara da existência de três institutos jurídicos e que se relacionavam de modo a fazer com que existisse certa confusão entre os setores públicos e privado. Segundo Dallari (2011, p. 63): “Pela *vassalagem* os proprietários menos poderosos colocavam-se a serviço do senhor feudal, obrigando-se a dar-lhe apoio nas guerras e a entregar-lhe uma contribuição pecuniária, recebendo em troca sua proteção. Outra forma de estabelecimento de servidão era o *benefício*, contratado entre o senhor feudal e o chefe de família que não possuísse patrimônio. Este último recebia uma faixa de terra para cultivar, dela extraindo o sustento de sua família, além de entregar ao senhor feudal uma parcela da produção. Estabelecido o benefício, o servo era tratado como parte inseparável da gleba, e o senhor feudal adquiria, sobre ele e sua família, o direito de vida e de morte, podendo assim estabelecer as regras de seu comportamento social e privado. Por último, é importante considerar a *imunidade*, instituto pelo qual se concedia a isenção de tributos às terras sujeitas ao benefício.”

Deste modo, houve a vulgarização da cidadania em decorrência da sua universalização, o que acabou desencadeando, também, um processo de sua deterioração. Com os primeiros fluxos bárbaros na península itálica e com o avanço do Império Romano, a transformação do cidadão em súdito foi consolidada (RI JÚNIOR, 2004, p. 191).

Entretanto, houve alguns acontecimentos que aquiesceram mudanças em torno do direitos decorrentes da idéia de cidadania. De acordo com o que relata Jaime Pinsky (2005, p. 66), foi nesta época que, com o protagonismo do Direito Romano, surgiu o instituto do *habeas corpus*, a ideia de garantia da propriedade e a noção de devido processo legal, direitos que são garantidos até hoje na sociedade através da tutela constitucional.⁵

Mas parou por aí, vez que o feudalismo foi o principal modelo econômico responsável pela criação da relação de vassalagem, em que o senhor feudal, detentor da posse da terra e superior hierarquicamente, promete defender e manter seu território, e o vassalo, inferior, promete fidelidade irrestrita ao seu senhor além da prestação de determinados serviços. Nesta relação, não havia espaço para a ideia de cidadania (ARRUDA, p. 31-36).

Segundo Hannah Arendt (2007, p. 71-74):

[...]a propriedade e a riqueza, são historicamente de maior relevância para a esfera pública que qualquer outra questão ou preocupação privada, e desempenharam, [...], mais ou menos o mesmo papel como principal condição para a admissão do indivíduo à esfera pública e à plena cidadania.

[...]

De origem inteiramente diferente e mais recente na histórica é a importância política da riqueza privada, na qual o indivíduo vai buscar os meios de sua subsistência.

[...]

O homem livre, que podia dispor de sua privacidade e não estava, como escravo, à disposição de um amo, podia ainda ser “forçado” pela pobreza. A pobreza força o homem livre a agir como escravo. A riqueza privada, portanto, tornou-se condição para admissão à vida pública não pelo fato do seu dono estar empenhado em acumulá-la, mas, ao contrário, porque garantia com razoável certeza que ele não teria que prover para si mesmo os meios do uso e do consumo, e estava livre para a atividade política.

Ressalte-se que a composição social, restringida a relação de vassalagem, fez com que os indivíduos da época, os homens medievais, não ocupassem em momento algum a posição de cidadãos. Na explicação mais detalhada, tem-se que:

A vassalagem era uma relação jurídica de caráter pessoal, enquanto que o benefício tinha o sentido de estabelecimento de um direito real, mas ambos implicando o

⁵ Tais medidas foram de suma importância para que a concepção de cidadania, ao passar pela Idade Média, não sofresse apenas interferências negativas, visto que a existência destas concepções até os dias atuais revela o quanto importantes são para uma sociedade. O *Habeas Corpus*, a garantia da propriedade privada e o devido processo legal encontram respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, respectivamente, nos artigos 5º, LXVIII, *caput* e LIV (BRASIL, 1988, on-line).

reconhecimento do poder político do senhor feudal e contribuindo para que o feudo tivesse sua ordem jurídica própria, desvinculada do Estado (DALLARI, 2011, p.63).

Foi neste momento e por alguns séculos seguintes, agravado pela decadência da civilização greco-romana, que se vivenciou uma involução da cidadania. As relações sociais passaram a ser compostas por um complexo de relações hierárquicas característicos da dominação privada e que passa a dominar o cenário político (RI JÚNIOR, 2004, p. 190-191).

1.1.3. A cidadania moderna após revoluções

Com um longo período sem que houvesse relevantes contribuições acerca do tema cidadania, surge então o Renascimento como um amplo movimento artístico e filosófico iniciado na região da Itália e que se expandiu, posteriormente, para outros lugares da Europa entre os séculos XIV e XVI. O desenvolvimento de atividades comerciais nas cidades independentes, como Florença, Veneza, Milão foi a base material para o surgimento do movimento. Neste período, houve maior evolução na ideia de cidadania e, também, começaram a surgir algumas outras bases para a construção da concepção moderna do termo, que tomou uma forma mais robusta a partir das revoluções burguesas, principalmente com a Revolução Inglesa, que teve maiores movimentações no século XVII, e Revolução Francesa do século XVIII.

De acordo com o autor Carlos Zeron, o direito de decidir sobre as questões políticas da cidade-estado, naquele período, era o que definia um renascentista como cidadão. Desta forma, cidadania era um privilégio dos membros da elite dominante, como aponta este exemplo atrelado à sociedade inserida na cidade de Florença:

[...]o governo de Florença esteve sempre nas mãos de uma elite restrita a algumas dezenas de famílias e algumas centenas de indivíduos, [...] os mecanismos eleitorais e a legislação sobre as corporações e sobre a cidadania operavam uma seleção draconiana daqueles que tinham direitos políticos (ZERON, 2003, p.102).

Deste modo, baseando-se no modelo clássico elaborado pelos romanos, a concepção de cidadania apresentada no período renascentista estava intimamente ligada aos interesses da

classe dominante (ZERON, 2003, p. 103).⁶Neste cenário, começaram a surgir as ideias que traziam uma concepção individualista em relação ao homem, diferentemente do tempo passado, que o sujeito individual praticamente não existia, mas era subordinado, como sendo um servo submisso às regras do feudo e sempre na perspectiva teológica.

Este foi um dos primeiros aspectos que possibilitou o surgimento da burguesia, de acordo com Comparato (2015, p. 90):

Nessas povoações novas aparece um grupo social igualmente novo, porque não compreendido nem no estamento nobre nem no dos servos: é a burguesia. Ela se organiza segundo um direito oposto ao feudal, pois o poder político não deriva da propriedade imobiliária, mas sim da riqueza mercantil. Ademais, a sociedade burguesa não se divide em estamentos, mas é composta de famílias formalmente livres. À divisão jurídica estamental, a burguesia opõe uma divisão econômica entre ricos comerciantes e pobres empregados, a qual deu nascimento às modernas classes sociais, regidas por um direito uniforme, desvinculado da condição pessoal.

Com este início de valorização do indivíduo, o Renascimento passou a ter o protagonismo da burguesia, que iria repercutir na moderna concepção a respeito do homem, principalmente em aspectos relacionados a motivações filosóficas, manifestações artísticas e políticas. Deste modo, a visão predominante daquela sociedade passou a ser antropocêntrica, com o homem como o centro das atenções e dos estudos.

Segundo Gerd Bornheim (1993, on-line):

A classe burguesa é um acontecimento histórico, [...] e nunca, talvez, o homem tenha tomado consciência tão aguda do seu andamento dentro desse processo.
[...]
De outro lado, a palavra “burguês” já oferece uma ambiguidade muito grande, chega a ser usada de modo pejorativo.
[...]
Pela primeira vez, passa a existir na história do homem, começa a existir, uma classe realmente universal.

Entretanto, como aponta o autor Paul Singer (2003, p. 193), não havia cidadania de fato para a grande maioria da população na época do Renascimento, vez que o cenário era de uma generalizada má condição de vida e ausência de direitos políticos, consequências da escassez de trabalho ocorrida a partir do século XVI, ocasionada pela instabilidade nas conquistas de

⁶ O autor ainda detalha um pouco melhor o cenário vivido à época: “O que importa observar aqui é que nem todos os cidadãos se qualificavam para ocupar esses cargos. Deles estava excluída a plebe, que correspondia à grande maioria da população, enquanto que o povo (*o popolo*, isto é, os artesãos e a pequena e média burguesia) encontrava-se reduzido a uma participação mínima. Se todo o povo possuía direitos políticos (em oposição à plebe, conforme a definição romana antiga do *civis*), os próprios florentinos acrescentavam adjetivos que evocavam a realidade política da cidade e traduziam a exclusão e a hierarquia na esfera política; eles distinguiam assim entre *o popolo grasso*, *o popolo medio* e *o popolo minuto* (literalmente: povo gordo, povo médio e povo miúdo) (ZERON, 2003, p. 103).

novos mercados, das oscilações da produção, dos baixos salários e das inúmeras guerras religiosas que a época atravessou.

Assim, com a retomada das cidades comerciais e com a elaboração de princípios individualistas e antropocêntricos, que geraram consequências na concepção de cidadania, surgiram as revoluções burguesas.

Para que o desenvolvimento do comércio não sofresse com as revoluções, foram tomadas algumas medidas que contaram com apoio tanto da burguesia como da monarquia. Foi criada uma moeda de troca, estipuladas regras jurídicas, foram implementados alguns serviços públicos, como o policiamento, além da expansão das malhas de transporte comercial. Assim, por volta do século XV, surgiu o Estado-Absolutista, que teve como uma de suas principais características o financiamento do desenvolvimento econômico com os recursos da classe burguesa e que, através da consolidação do Estado, puderam perseguir melhor os seus interesses (HUBERMAN, 1980, p. 74-86).

De acordo com a perspectiva apresentada, pode-se observar a existência de um pacto tácito entre a realeza e a burguesia industrial de empreendedores e empregadores. Nesse acordo, a burguesia industrial colocava a serviço do Estado monárquico não apenas sua influência política e social, mas também seus recursos intelectuais e sua riqueza e, em contrapartida, o Estado multiplicava os privilégios econômicos e sociais desses indivíduos.

Essa aliança entre a realeza e a burguesia industrial resultava na subordinação dos trabalhadores comuns, que eram mantidos em uma posição subalterna e eram obrigados a obedecer rigorosamente às demandas impostas. Dessa forma, o pacto tácito entre a realeza e a burguesia industrial servia para perpetuar a estratificação social e manter um sistema de desigualdades.

No que concerne à concepção propriamente dita de cidadania na época, o absolutismo não foi um regime em que o instituto teve grande aparição, ou que teve alguma relevante evolução na capacidade de garantir direitos. A persistência em existir relações de privilégio e de legitimação do poder pelo divino e a escravidão não abria brechas para a discussão.

Entretanto, houve movimentações no sentido de se analisar a separação existente entre a pessoa do monarca e o poder político do Estado, desencadeando o início da consciência sobre a distinção entre o que era público e o que era privado (TOMAZI, 2010, p. 98). Em consequência disto, surgiu também o atrelamento de que cidadania deveria pertencer à esfera pública, já que esta estava intimamente ligada ao interesse geral da população.

Como apresenta o autor, de forma didática:

O absolutismo colocou frente a frente os interesses dos estamentos feudais dominantes (a nobreza e o clero) e os da burguesia, a classe em ascensão naquela época. Tais interesses eram referentes à justiça, à administração do patrimônio público e à administração econômica (TOMAZI, 2010, p. 98).

Com o passar dos anos, a classe burguesa começou a se sentir prejudicada com o regime absolutista e a ideia de legitimação do poder dos monarcas, através da teologia, já não a convencia. Intensificando-se este cenário, a vida de luxo vivida pelos monarcas já não era suportada mais pelos recursos fundiários que se encontravam em uma profunda crise.

A expansão burguesa em um sistema puramente capitalista⁷ fez com que surgissem descontentamentos contra os monarcas, o que, posteriormente, evoluíram para revoluções que tinham como intuito comum a ampliação da participação política da classe burguesa. Desta forma, as Revoluções Inglesa e Francesa deram forma a uma concepção moderna de cidadania, que passou a contemplar características como a liberdade e a igualdade, fruto de reivindicações apresentadas pela burguesia contra o regime absolutista. Nas palavras de John Locke (1994, p. 165-166), “o indivíduo exposto ao poder arbitrário de um único homem que tem cem mil outros a suas ordens encontra-se numa situação muito pior do que aquele que está exposto ao poder arbitrário de cem mil homens isolados”.

Durante suas reivindicações, o mais marcante dos argumentos apresentados pela burguesia foi o que continha a ideia sobre os direitos naturais, que poderiam ser considerados como direitos civis na época, e que enfrentava diretamente o poder monárquico e a política teológica, justamente porque “na medida que afirmava a liberdade individual contra as pretensões despóticas do absolutismo e em que negava a desigualdade de direitos sancionada pela organização hierárquica e estamental própria do feudalismo” (COUTINHO, 1999, p. 44).

De forma complementar, Norberto Bobbio (2004, p. 31) explica que:

[...]individualismo é a base filosófica da democracia: uma cabeça, um voto. Como tal sempre se contrapõe (e sempre se contraporá) às concepções holísticas da sociedade e da história, qualquer que seja a procedência das mesmas, concepções que têm em comum o desprezo pela democracia, entendida como aquela forma de governo na qual todos são livres para tomar as decisões sobre o que lhes diz respeito, e têm o poder de fazê-lo. Liberdade e poder que derivam do reconhecimento de alguns direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, como é o caso dos direitos do homem.

⁷ Ressalta-se que foi neste mesmo período, de ascensão da burguesia, que o liberalismo começa a dar suas primeiras aparições. De acordo com Nelson Dacio Tomazi (2010, p. 98) “O liberalismo emergiu no século XVIII como reação ao absolutismo, tendo como valores primordiais o individualismo, a liberdade e a propriedade privada. Ganhou projeção como adversário da concentração do poder pelo Estado, principalmente no que dizia respeito às atividades econômicas, no contexto do chamado capitalismo concorrencial. Nessa fase do capitalismo, os resquícios feudais foram sendo extintos, enquanto o capital industrial se implantava e o trabalho assalariado tornava-se fundamental para o desenvolvimento da indústria.”

Ainda segundo o autor, a cidadania liberal, decorrente das ações humanas e afastada de um ideário teológico, fez com que surgisse um *status* jurídico que determinava a condição de portador de cidadania para aquele que estivesse atrelado a um Estado nacional e acobertado pela proteção da lei. A partir daquele momento, os indivíduos iam de súditos a cidadãos e tinham protegidos seus direitos à propriedade, à riqueza, à segurança e intimidade, através da tutela destes seus direitos civis (BOBBIO, 2004, p. 7-9).

Com os adventos das escolas contratualista e jusnaturalista, houve uma ênfase no estudo dos direitos naturais, principalmente no direito à segurança, à propriedade privada e à autonomia de vontade para contratar. O principal intuito destas escolas era limitar a ação estatal perante os cidadãos, vez que tais movimentos eram anteriores a instituição da organização política, e garantir aos indivíduos uma série de liberdades públicas alheias a qualquer intervenção arbitrária. Em decorrência deste modo de agir, foram criados os princípios da igualdade perante a lei e da legalidade, que representavam mais uma forma de afastar a interferência estatal na esfera individual (HELD, 1996, p. 78-82).

Neste momento, dois nomes surgem como os principais pensadores que dissertaram sobre esta dinâmica na relação entre os indivíduos e o Estado, são eles John Locke e Thomas Hobbes.

Hobbes, em seus estudos, buscou legitimar o poder do Estado absolutista. De acordo com a sua concepção atomista e individualista do indivíduo, o estudioso apresenta a concepção de que em um *estado de natureza* apenas haveria indivíduos isolados, que somente se relacionariam com o intuito de guerrear, proteger-se contra agressões despropositadas e, por fim, para a elaboração de um *contrato social* (HOBBS, 2004, p. 143-147).

Em sua principal obra intitulada “O Leviatã”, Hobbes (2004, p. 179-190) aponta que a propriedade só surge com o início do *estado civil*, pois no *estado de natureza* não haveria como regular as relações entre os indivíduos.

Por sua vez, Locke (1994, p. 156) buscou limitar o poder estatal, arguindo que inicialmente os indivíduos estão separados e não criam conflitos entre si, mas depois se unem para formar a sociedade civil e, por fim, a *sociedade política*. Em suas palavras: “Por isso, o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade”. Pretende demonstrar o autor, portanto, que a propriedade é um direito natural e inalienável e serve com um fundamento para o surgimento de um governo civil e para que certos indivíduos tenham cidadania e direitos políticos.

Em uma análise detida das características dos direitos apresentados por Locke, observa-se uma nítida diferenciação entre os indivíduos que possuem alguma propriedade e os que não

possuem, de modo que somente são detentores de cidadania aqueles proprietários de algum meio de produção ou de alguma terra.

Em uma acertada análise, Bobbio (2004, p. 30) apontou que, na concepção de Locke, a propriedade privada se apresenta como direito puramente natural e, deste modo, só seria reconhecido o direito dos soberanos, únicos detentores de terras e meios de produção da época.

Com a aparição das revoluções, os direitos individuais tornaram-se protagonistas. Como se compreendia o Estado a partir de uma concepção restrita à garantia da propriedade e da segurança individual, não lhe cabia implementar qualquer prestação material, mas, apenas, se abster de intervir na esfera particular e fiscalizar as condutas das pessoas para que fossem promovidos tais valores (BENDIX, 1996, p. 109 e ss.).

Resta claro que, como fruto das revoluções, a classe burguesa conseguiu, através de textos constitucionais e declarações de direitos, fazer a distinção entre os *direitos do homem*, que possuíam as características de serem universais e inerentes aos indivíduos, e os *direitos do cidadão*, sendo estes considerados existentes apenas para os indivíduos que faziam parte de um determinado Estado.

Já no final do século XIX, a cidadania começava a apresentar características que futuramente se mostrariam como alguns dos aspectos dos direitos políticos. O direito ao sufrágio universal e direito à organização partidária ou sindical começaram a ser ventilados na sociedade burguesa da época, ainda que fossem negados para a grande maioria dos trabalhadores, já que só detinham o direito aqueles que eram proprietários de terras ou de meios de produção.

Desta forma, os sindicatos foram proibidos e os partidos de massa eram considerados ilegais, fazendo com que os direitos políticos se tornassem alvos de muitas lutas das classes trabalhadoras com a finalidade de garanti-los. Como bem retrata Coutinho (1999, p.49):

Na França, por exemplo, somente nos anos 70 do século XIX é que os trabalhadores conseguiram revogar a Lei Le Chapelier promulgada em 1791, em plena Revolução Francesa, que proibia a associação dos trabalhadores e as greves. Também uma outra forma básica de organização na democracia moderna, o partido político de massa, é uma invenção da classe trabalhadora: o primeiro partido desse tipo, que supera claramente o velho modelo liberal do partido meramente parlamentar ou de “notáveis”, é o Partido Social-Democrata Alemão, que se tornou o paradigma dos vários partidos operários de massa que se alastraram na Europa no último terço do século XIX, conquistando finalmente a legalidade após décadas de proibição e repressão.

Há de ser destacada a contribuição do pensador da época, Jean Jaques Rousseau, que, ainda defendendo ideais jusnaturalistas, traz à tona a ideia dos *direitos universais*,

principalmente, o direito de elegibilidade, o que se contrapunha aos regimes absolutistas e também criticava a camada burguesa, vez que esta, ainda que se posicionasse em favor do sufrágio, se opunha ao fato de que este fosse universal e de que quem fosse eleito deveria o ser pelo voto da maioria. Ele explica que:

A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade de modo algum se representa; ou é a mesma ou é outra; não há nisso meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser seus representantes; são quando muito seus comissários e nada podem concluir definitivamente. São nulas todas as leis que o povo não tenha ratificado; deixam de ser leis. O povo inglês pensa ser livre, mas está completamente iludido; apenas o é durante a eleição dos membros do Parlamento; tão logo estejam estes eleitos, é de novo escravo, não é nada. Pelo uso que faz da liberdade, nos curtos momentos em que lhe é dado desfrutá-la, bem merece perdê-la (ROUSSEAU, s/d, p. 61).

Neste sentido, apenas os direitos civis e políticos não se faziam suficientes para abarcar a ideia trazida por Rousseau de *direitos universais*. Assim, surge uma terceira esfera dos direitos da cidadania que faz referência aos direitos sociais, que, nas palavras de Coutinho (1999, p. 50), “são os que permitem ao cidadão uma participação mínima na riqueza material e espiritual criada pela coletividade”.

As primeiras manifestações de que a sociedade iria iniciar um percurso para garantir os direitos sociais ocorreram em decorrência das condições precárias proporcionadas aos operários pelo sistema capitalista vigente na época. Desta forma, houve uma forte mobilização da classe operária, mas que, naquele momento, não surtiram os efeitos esperados. Apenas serviram de base para estes direitos sociais viessem a ser garantidos juridicamente no século XX.

A simples garantia legal ainda não era suficiente para que os direitos sociais fossem respeitados e executados na prática. Entretanto, serviram de âncora aos trabalhadores que passaram a reivindicar melhorias nas condições de trabalho. Neste momento, deu-se início à ideia do Estado do Bem-Estar Social (COUTINHO, 1999, p. 50).

1.1.4. A cidadania no século XX e os direitos sociais

Com expressivo número de trabalhadores sindicalizados no final do século XIX, houve um fortalecimento dos partidos social-democrata e trabalhista, o que fez uma forte pressão social e contribuiu na garantia de inúmeros direitos. Outro fator que ajudou a viabilizar a

implementação dos referidos direitos sociais foi a forte pressão dos servidores públicos, que movimentavam os programas sociais, vez eram parte detentores de poderes para fazerem de pressão política em detrimento de determinados governos.

Com as movimentações e mobilizações operárias, houve um descontentamento da burguesia, que temia o avanço dos ideais socialistas. Dentre estas movimentações, podem ser citadas a Comuna de Paris (1871), a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Revolução Russa (1917), que representavam, de certa maneira, uma ameaça aos interesses e estruturas da sociedade capitalista.

Ainda que tivessem sido implementadas as melhorias nas condições de trabalho da Europa por influência do Estado do Bem-Estar Social, houve uma retaliação por parte da classe burguesa. Na ilustração de Marilena Chauí (1995, p. 434): “a exploração mais violenta do trabalho pelo capital recaiu sobre as costas dos trabalhadores do Terceiro Mundo”.

Com o avanço das práticas liberais, o capitalismo evoluiu para um nível predatório de obtenção do lucro, chamado capitalismo financeiro, mas que acabou saindo do controle por conta da monopolização que afetava qualquer tipo de aparição das pequenas e médias empresas. Nesta fase, o capitalismo entrou em uma crise generalizada que resultou na quebra da bolsa de Nova York, em 1929, que impactou inúmeras empresas.

Foi neste período que o Estado insurgiu como uma possibilidade de controlar a crise atuando como um regulador de mercado e como um protetor das relações civis na sociedade. Assim, o Estado foi o protagonista na salvação do capitalismo na época.

Com a influência do economista John Keynes, em 1932, os Estados Unidos da América estipularam um plano de intervenção estatal na economia. Isto ocorreu sob o governo do presidente Roosevelt e a política foi denominada de *New Deal*.

Assim, com a forte aparição do Estado do Bem-Estar Social, muitos direitos avançaram e aumentou-se o campo de concepções abarcado pelo termo cidadania. Norberto Bobbio (2004, p. 33) detalha bem estas evoluções que seguiram três processos:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade — das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. — para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) — em outras palavras, da “pessoa” —, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras

“respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem.

Deste modo, houve um direcionamento dos estudos, até então apontados ao antropocentrismo, para o sujeito na sua individualidade. Desta forma, aumentou-se o número de direitos em consequência, principalmente, do aumento da quantidade de serviços ofertados e de bens em circulação. Com isto, as relações sociais tornaram-se complexas o que culminou na multiplicação dos sujeitos existentes na época.

Assim, houve a necessidade de serem elaboradas novas concepções sobre o significado de *homem*. Passaram a serem levados em consideração aspectos mais específicos de cada indivíduo, como as suas condições de gênero, de idade, física, psicológica e, na medida que tais características fossem se distanciando, surgiam direitos no mesmo grau de diferenças que cada indivíduo apresentava (BOBBIO, 2004, p. 34).

Norberto Bobbio (2004, p. 34) expõe mais detalhes desta relação vivenciada à época:

A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes etc. Basta examinar as cartas de direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenômeno: em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembléia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos anciãos, que propôs um plano de ação aprovado por uma resolução da Assembléia da ONU, em 3 de dezembro.

Nota-se, portanto, que a situação difere muito da reivindicação por direitos civis pela classe burguesa na luta contra a aristocracia, vez que esses direitos sociais e políticos apenas são efetivamente garantidos com a participação efetiva do Estado, ou seja:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado — e, portanto, com o objetivo de limitar o poder —, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado (BOBBIO, 2004, p.35).

De acordo com José María Gómez (2000, p. 24), há um duplo movimento que é caracterizado principalmente por:

[...]uma primeira fase de libertação das forças do mercado de todo controle social, o que, de maneira acelerada, erode a coesão social, destrói os velhos laços de comunidade e acirra a luta de classes; e uma segunda, na qual a sociedade, aos poucos

e por intermédio da política, tenta atenuar os efeitos disruptivos do mercado e introduzir na economia um certo tipo de controle social.

Ilustrando melhor o cenário vivenciado à época, Desmond King (1998, p. 59) aponta que:

[...] a força da classe trabalhadora, atestada por sua organização e mobilização sindical, foi causa importante das primeiras leis do estado de bem-estar. [...]por volta de 1930, doze importantes países europeus já haviam implementado os elementos centrais do sistema de seguridade social: seguro contra acidente, auxílio-doença, previdência para idosos e seguro-desemprego.

Da digestão das informações que foram levantadas até aqui, ressalta-se que é condição para a existência da cidadania o mínimo de atuação estatal. Entretanto, a sociedade está sempre em constante transformação e, agravado pela Segunda Guerra mundial, nota-se que o Estado não consegue resolver todas as demandas exigidas pela sociedade, fazendo com que seja necessária a criação de instituições que atuem como complemento na busca pela efetivação dos direitos decorrentes da cidadania.

Tais instituições são frutos de movimentos sociais que sempre surgiram da necessidade de que seja garantido algum direito que vem sendo ameaçado. Geralmente, são organizados e mobilizados pela união de pessoas que vivem em condições semelhantes e estão dispostos a se ajudarem.

Os acontecimentos que incentivaram o surgimento destes movimentos ocorreram em todas as áreas. Podem ser destacados, principalmente, o aumento da produtividade agrícola e industrial, o surgimento de uma nova classe média, a expansão das malhas e meios de transporte, a forte urbanização, o aparecimento das culturas de massas ocasionado pelas redes de televisão e internet, esta em um momento posterior.

De acordo com a descrição de Domenico Losurdo (2004, p. 257), os movimentos sociais e populares trouxeram grandes contribuições para a expansão da democracia, ele relata:

A Segunda Guerra Mundial termina com uma nova expansão da democracia, e não só por causa do colapso das ditaduras fascistas: o sufrágio feminino triunfa em países como a Itália e a França; com o desaparecimento dos traços residuais de voto plural, afirma-se com vigor, até na Inglaterra, o sufrágio universal igual e o princípio “uma cabeça, um voto”; nos Estados Unidos, começam a ser recolocadas em discussão as discriminações contra os negros e os brancos pobres introduzidas pelo movimento de desamancipação ocorrido no final do século XIX; [...], em inúmeros países, os governos declaram querer buscar uma política de pleno emprego e de segurança social para todos.

Insta ressaltar que o século XX, como um todo, teve um grande aumento na busca pela

participação política das mulheres, já que em vários países foram concedidos a elas os direitos de voto e de participação em cargos públicos. Em 1913, houve a primeira eleição nos Estados Unidos em que foi permitida a participação do público feminino como cidadãs votantes e como candidatas. Deste modo, ainda que em um contexto de guerras, propiciou-se o ingresso maciço das mulheres no mercado de trabalho, mas com a persistência da diferença salarial entre homens e mulheres que exerciam o mesmo cargo. O período também exigiu uma grande luta feminista pelo fim da segregação ocupacional atrelada ao sexo e por melhores salários e condições de trabalho ao público feminino (ZAMBON, 2015, p. 85).

Mais recentemente também podem ser citados acontecimentos como o enfraquecimento, a partir de 1970, do sindicalismo, o desemprego industrial com o surgimento de novas tecnologias de automação, a intensificação dos impactos ambientais pela indústria exploradora de recursos naturais, a corrida armamentista na guerra fria com ameaças nucleares, e mudanças culturais nas relações de consumo, nos credos e nas discussões envolvendo sexualidade.

Cabe aqui uma diferenciação entre os novos movimentos sociais trazidos à tona dos movimentos tradicionais já mencionados anteriormente, como os partidários, sindicais ou dos trabalhadores, visto que, além de surgirem em diferentes contextos, possuem objetivos, forma de organização e procedimentos diferentes.

Em acertada análise, o Professor Murilo Gaspardo (2009, on-line) ascrecenta:

Como consequências fundamentais, a globalização capitalista apresenta: uma drástica redução da capacidade de intervenção do Estado em matéria econômica, concentração de poder econômico e renda, destruição ambiental e coloca em questão o próprio sentido e o alcance da democracia representativa. Trata-se, ainda, de um contexto histórico em que os conflitos se manifestam de maneira plural e diversificada, não se processando como conflitos de classe, e no qual se enfraquecem os vínculos de solidariedade e se fortalece o individualismo.

Deste modo, houve um crescimento da perseguição da cidadania, vez que houve significativo aumento da participação do número de organizações internacionais não-governamentais. Com este aumento de Organizações Não Governamentais (ONG's) com atuações sincronizadas e articuladas em diversas esferas territoriais e governamentais tornaram a perseguição mais eficaz.

De acordo com Vieira (1997, p. 68):

Em muitos países, as ONGs ajudam a formular as políticas públicas. Em outros, seu papel é importante para fiscalizar projetos, bem como para denunciar arbitrariedades do governo, desde violações de direitos humanos até omissão no cumprimento de compromissos públicos, nacionais e internacionais.

Ao longo do período, houve uma quantidade significativa de movimentos sociais que repercutiram, não só nos países em que surgiram, mas em alguns outros por conta da intensificação da globalização. Não apenas uma sociedade estava disposta a definir o indivíduo como cidadão de sua própria nação, outros países, por muita influência de movimentos sociais locais, acabaram se posicionando e aderindo a uma ideia mais universal de cidadania.

Entretanto, os primeiros contatos com o processo de globalização não surtiram apenas efeitos positivos na concepção de cidadania. Serão expostos a seguir alguns dos pontos negativos da globalização que impactaram de forma relevante no desenvolvimento e evolução dos direitos decorrentes da cidadania.

O primeiro impacto relevante foi decorrente das consequências do surgimento do neoliberalismo, que trazia consigo a ideia de que a intervenção do Estado na economia é prejudicial a qualquer sociedade, que o desenvolvimento só seria atingido com mais privatizações e que qualquer intervenção que fosse necessária deveria ser mínima. O Estado, no neoliberalismo, deveria apenas garantir o bom funcionamento do mercado e atuar como um auxiliar aos extremamente necessitados e, ainda, com ajuda da sociedade.

Ao ter consigo estes ideais, o neoliberalismo deixa de lado a ideia de universalização de direitos e confere estes apenas aos pobres, fazendo com que a evolução da cidadania regreda na medida em que estes ideais não representam a plena igualdade, estratifica e divide a sociedade.

De acordo com Singer (2005, p. 255):

Na era do neoliberalismo, as políticas econômicas reprimiram eficazmente as pressões inflacionárias e os níveis de preços subiram de forma apenas insignificante; em compensação, o crescimento econômico desacelerou e o desemprego aumentou sistematicamente até atingir níveis comparáveis aos vigentes durante a Grande Depressão dos anos 30. Os fluxos de mercadorias e de capitais foram liberados, o que permitiu ao capital multinacional transferir paulatinamente suas linhas de produção a países em que a ausência ou inobservância dos direitos sociais tornava o custo da mão-de-obra muito menor do que nos países em que os direitos sociais têm vigência. O fracasso da OIT em generalizar completamente os direitos sociais foi devidamente aproveitado pelas firmas multinacionais para aumentar seus lucros e demitir, nos países industrializados, o operariado semiquualificado, que havia sido a espinha dorsal dos movimentos reivindicatórios.

Atrelado a isto, veio também o desenvolvimento tecnológico, principalmente com forte

influência do toyotismo⁸, que conseguiu substituir a mão de obra humana, antes era necessária na linha de produção, para uma industrialização quase totalmente automatizada, fazendo com que o desemprego se intensificasse.

Em uma análise acertiva de como ocorreu o impacto destas formas econômicas atingiram a sociedade, Singer (2005, p. 257-258) detalha:

O desemprego em massa somado às formas precarizadas de trabalho contratado reduziu drasticamente a cobertura dos direitos sociais, desenhados muitas vezes para beneficiar assalariados regularmente contratados, e que constituíam nos países do Primeiro Mundo, durante os “anos dourados”, quatro quintos ou mais dos ocupados. O que explica a forte sensação de que o estado de bem-estar se encontra em profunda crise, embora o gasto social continue sendo uma porcentagem alta e crescente do PIB. Em muitos países, os direitos sociais perderam apoio na opinião pública por causa do peso dos impostos, atribuído à necessidade de financiar o gasto social. As críticas populares se dirigem muitas vezes contra o auxílio ao desemprego, pois muita gente conhece histórias de falsos desempregados, que auferem o auxílio e trabalham clandestinamente, além de outros que querem permanecer na inatividade para viver com o dinheiro público. Como os dados citados demonstram, cresce o número de pobres e aumenta sua pobreza em relação aos ganhos de toda a população. Nesta situação, cresce a criminalidade e a violência criminosas, o que aprofunda o fosso social entre os bolsões de pobreza, que são muitas vezes fortins do crime organizado, e os que dispõem de trabalho regular bem remunerado.

Destarte, foram apresentados de que modo a cidadania esteve em pauta no século XX nos mundos europeu e estadunidense e de que maneira foram desenvolvidas algumas das concepções sobre ela, envolvendo principalmente os direitos sociais. Foi visto que, ainda que o período trouxesse relevantes contribuições, principalmente no que diz respeito aos movimentos sociais que angariavam novos direitos, houve também uma supressão na medida em que o modelo econômico capitalista trazia em sua essência a segregação e, assim, gerava empecilhos para a luta por direitos.

Feito este panorama, fica o próximo capítulo responsável por tratar da evolução do conceito de cidadania no Brasil e que, claramente, contará com influências dos fenômenos que ocorram nos mundos europeu e estadunidense e que foram já abordados.

1.2. A genealogia da cidadania no Brasil

⁸ Em um estudo realizado por Giovanni Alves (2005, on-line), ele ressalta um aspecto importante do reflexo do toyotismo na sociedade. Traz que: “[...] além da intensificação do trabalho e do sofrimento psíquico, o toyotismo contém elementos de ‘dessocialização’, decorrente do contexto histórico e de desenvolvimento que ele tende a expressar no tocante ao movimento do capital. Ele é parte da barbárie social que representa o modo de produção do capitalismo nessa etapa de seu desenvolvimento (o desemprego e a precarização do estatuto salarial são exemplos desta dessocialização).

O estudo acerca do desenvolvimento da cidadania no mundo, e principalmente na Europa, serviu de base para que fossem entendidos alguns dos momentos basilares para que o instituto tenha a concepção que tem atualmente. Entretanto, como o trabalho procura subsídios para analisar a efetividade da cidadania em um contexto nacional, faz-se necessária uma abordagem direcionada de como ocorreu o desenvolvimento e evolução do conceito de cidadania no Brasil.

Diferentemente das sociedades europeias, principalmente a sociedade inglesa estudada minuciosamente por T.H. Marshall, que tiveram uma ordem nas conquistas dos direitos decorrentes da cidadania, sendo esta abarcada primeiro pela busca aos direitos políticos, seguidos dos direitos civis e, posteriormente, os direitos sociais, no Brasil houve uma inversão. De acordo com Araújo (2008, on-line), no Brasil, primeiro houve uma predominante busca por direitos sociais, seguidos dos direitos civis e, depois, os direitos políticos. Houve, também, significativas mudanças no cenário político brasileiro que influenciou diretamente na evolução do conceito de cidadania no país, como as situações de aberturas e fechamentos de regimes políticos, com a alternância entre regimes mais liberais, mais democráticos e outros mais autoritários, como a ditadura, por exemplo.

Como forma de corroborar com a ideia da complexidade existente no desenvolvimento da cidadania no Brasil, segue a contribuição cirúrgica de Paulo Bonavides (2001, p. 190): “O Brasil desta análise histórica corresponde assim a um modelo de país constitucional que até aos nossos dias se busca construir, numa longa travessia de obstáculos”.

Assim, o capítulo se propõe a expor estas alternâncias entre governos que propiciaram um maior alcance de direitos decorrentes da cidadania e outros governos que suprimiram. O estudo da forma como ocorreram estas alternâncias trará alguns aspectos que serão utilizados na análise de como houve a efetivação ou supressão da cidadania e será importante para serem evidenciadas quais características devem ser repetidas, em casos em que houve uma maior efetividade, e quais características devem ser afastadas da conduta do Estado, visto que causaram a supressão de direitos.

1.2.1. O contexto da colônia

O contexto da colônia ocorreu no período das grandes navegações iniciadas pelos países europeus e que encontraram no continente americano recursos naturais que serviriam de insumos para as suas atividades produtivas. No Brasil, o processo de colonização foi feito por

Portugal, que procurou, desde logo, povoar o território com a finalidade de organizar a produção local. Neste período houve extermínio de grande parte da população local, os índios, que, por suas características de conhecimento das florestas, o que dificultava a captura, e grande resistência ao trabalho forçado, não foram predominantemente utilizados como força laboral, ficando esta ao cargo da população negra africana. De acordo como o Professor José Murilo de Carvalho (2008, p. 18):

A colonização foi um empreendimento do governo colonial aliado a particulares. A atividade que melhor se prestou à finalidade lucrativa foi a produção de açúcar, mercadoria com crescente mercado na Europa. Essa produção tinha duas características importantes: exigia grandes capitais e muita mão-de-obra. A primeira foi responsável pela grande desigualdade que logo se estabeleceu entre os senhores de engenho e os outros habitantes; a segunda, pela escravização dos africanos. Outros produtos tropicais, como o tabaco, juntaram-se depois ao açúcar. Consolidou-se, por esse modo, um traço que marcou durante séculos a economia e a sociedade brasileiras: o latifúndio mono cultor e exportador de base escravista.

Assim, tendo sido o contexto colonial principalmente marcado pela escravidão, não há como se pensar em cidadania em uma sociedade escravocata, visto que os escravos eram tidos como mercadorias, ou seja, estavam totalmente excluídos até mesmo da noção de sujeito de direitos. O cenário é ainda melhor detalhado por Katia M. De Queirós Mattoso (2016, p. 212):

O escravo era de fato uma mercadoria, de tal forma que as autoridades administrativas e religiosas tentavam em vão lutar contra a prostituição dos escravos, fonte de lucro para os respeitáveis senhores. Assim, o artigo de lei, tributário do direito romano, que libertava os escravos obrigados a se prostituir, parece nunca ter sido aplicado. Era preciso que o escravo se munisse de bons meios de defesa para que conseguisse obter sua liberdade nessas condições.

Só há de se falar em cidadania no Brasil para não brasileiros, já que eram os únicos que se beneficiam da utilização do país como uma colônia de exploração. Estes possuíam privilégios, eram livres, ricos, proprietários de grandes latifúndios, e corroboraram para a construção de uma sociedade desigual que busca a reversão dos efeitos negativos até os dias atuais.

Houve a insurgência de abolicionistas e republicanos radicais, principalmente representados por José Bonifácio de Andrada e Silva, que tentaram, através de argumentos relacionados à nacionalidade, evidenciar seus ideais e provocar a abolição da escravatura. Entretanto, ainda em um contexto de colônia de exploração, os argumentos não vingavam. Ademais, ainda que houvesse argumentos relacionados ao direito dos indivíduos à liberdade, estes também não eram levados em consideração justamente por o Brasil ainda se encontrar, naquele momento, como uma colônia de exploração, muito diferente dos ideais iluministas

libertários, como a busca pelo estabelecimento dos direitos naturais e a liberdade individual, que ocorriam na Europa (CARVALHO, 2008, p. 50-51).

Desta forma, ainda que algumas conquistas de direitos estivessem em desenvolvimento na Europa, principalmente na França e na Inglaterra, no Brasil, colônia escravocrata e no Estado aboslota português a discussão não era bem-vinda, mantendo-se a situação de segregação social, o autoritarismo, a violência, e a perseguição por direitos ainda estagnada.

1.2.2. A Estado Brasileiro

Após um longo período de colônia de exploração, ocorrido entre os séculos XV e XVIII, no século seguinte houve a independência do Brasil que trouxe um pequeno ensaio de desejo por uma maior participação política. De acordo com José Murilo de Carvalho (2008, p. 24-25), a partir de 1822, com a transformação da colônia de exploração em Estado, houve a necessidade de introdução do direito ao voto, mas que ainda era restrito apenas aos que possuíam boas condições financeiras. Desta forma, mantendo-se a estrutura social já vivida anteriormente, não houve nenhuma mudança significativa neste momento que contribuísse com a evolução da cidadania e os obstáculos ainda faziam-se presentes.

Com a outorga da primeira Constituição Brasileira por Dom Pedro I, em 1824, a monarquia persistia com as suas características de estabelecimento dos privilégios e institucionalização das desigualdades; a escravidão não foi abolida e os escravos ainda continuavam sendo tratados como mercadorias; havia extrema pobreza que impedia qualquer tipo de busca por direitos; e a sociedade era comandada pelos grandes proprietários de terras que esbajavam poder e opressão (CARVALHO, 2008, p. 28).

A maior parte dos cidadãos do novo país não tinha tido prática do exercício do voto durante a Colônia. Certamente, não tinha também noção do que fosse um governo representativo, do que significava o ato de escolher alguém como seu representante político. Apenas pequena parte da população urbana teria noção aproximada da natureza e do funcionamento das novas instituições. Até mesmo o patriotismo tinha alcance restrito. Para muitos, ele não ia além do ódio ao português, não era o sentimento de pertencer a uma pátria comum e soberana (CARVALHO, 2008, p. 32)

Ainda de acordo com Carvalho (2008, p. 32), aqueles considerados cidadãos pela Constituição de 1824, com direito ao voto, eram, em sua maioria, analfabetos e alvos fáceis de manipulação por parte das elites latifundiárias. Assim, a conquista do direito político ao voto não era motivo de orgulho nacional, pois ainda se encontrava muito longe de ser efetivada, já

que não apresentavam os efeitos que deveriam apresentar.

O cenário que já não apresentava sinais de conquista de direitos ainda sofreu um regresso quando, em 1881, o voto tornou-se facultativo e os analfabetos foram proibidos de votar, o que na prática fez com que os votantes somassem apenas um quinto⁹ da população do Brasil (CARVALHO, 2008, p.39).

Destarte, nota-se que o período imperial no Brasil trouxe o direito ao voto como um avanço na cidadania política, mas que carregava consigo inúmeros defeitos que impediam que a efetividade do referido direito ocorresse, visto que havia um ambiente e uma sociedade recheada de muita corrupção, violência e intimidações.

1.2.3. A República Brasileira

Com o início da República, o cenário, em um primeiro momento, não foi muito diferente. As eleições ficaram ainda mais controladas, principalmente por conta do movimento denominado coronelismo¹⁰ que representava uma sociedade em que o comando político encontrava-se nas mãos de oligarquias com enormes propriedades de terras.

Foi feita uma nova Constituição em 1891 que trouxe como a principal alteração o fim da exigência de renda para os votantes. Entretanto, continuavam excluídos de qualquer participação política, os analfabetos, as mulheres e membros de grupos religiosos. Deste modo, nenhum dos ideais republicanos que inspiraram outros países, como a França, foram abarcados na nova Constituição (CARVALHO, 2008, p.40).

Nenhum coronel aceitava perder as eleições. Os eleitores continuaram a ser coagidos, comprados, enganados, ou simplesmente excluídos. Os historiadores do período concordam em afirmar que não havia eleição limpa. O voto podia ser fraudado na hora de ser lançado na urna, na hora de ser apurado, ou na hora do reconhecimento do eleito. Nos estados em que havia maior competição entre oligarquias, elegiam-se às vezes duas assembleias estaduais e duas bancadas federais, cada qual alegando ser a legítima representante do povo. A Câmara federal reconhecia como deputados os que

⁹ De acordo com os números trazidos por José Murilo de Carvalho (2008, p. 39): Em 1872, havia mais de um milhão de votantes, correspondentes a 13% da população livre. Em 1886, votaram nas eleições parlamentares pouco mais de 100 mil eleitores, ou 0,8% da população total. Houve um corte de quase 90% do eleitorado. O dado é chocante, sobretudo se lembrarmos que a tendência de todos os países europeus da época era na direção de ampliar os direitos políticos. A Inglaterra, sempre olhada como exemplo pelas elites brasileiras, fizera reformas importantes de 1832, em 1867 e em 1884, expandindo o eleitorado de 3% para cerca de 15%. Com a Lei de 1881, o Brasil caminhou para trás, perdendo a vantagem que adquirira com a Constituição de 1824.

¹⁰ De acordo com Victor Nunes Leal (2012, p. 122-126), o coronelismo era um sistema político que se baseava na dominação dos coronéis sobre o eleitorado local, por meio da manipulação de votos e da distribuição de favores e empregos públicos. Segundo Leal, os coronéis eram os "senhores feudais" da política brasileira, que se aproveitavam da falta de educação e organização política da população para manter seu poder.

apoiassem o governador e o presidente da República, e tachava os demais pretendentes de ilegítimos (CARVALHO, 2008, p.42).

Em uma análise conclusiva sobre o desenvolvimento da cidadania até aqui, no Brasil, o povo ainda não havia se organizado politicamente, tampouco consolidado um sentimento de nacionalidade próprio. A população era muito distante do governo e o sentimento que predominava era o de antagonismo. Como bem aponta Carvalho (2008, p. 83):

Quando o povo agia politicamente, em geral o fazia como reação ao que considerava arbítrio das autoridades. Era uma cidadania em negativo, se se pode dizer assim. O povo não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja na República. O Brasil era ainda para ele uma realidade abstrata. Aos grandes acontecimentos políticos nacionais, ele assistia, não como bestializado, mas como curioso, desconfiado, temeroso, talvez um tanto divertido.

A situação se manteve sem grandes alterações por muito tempo até que, em 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, grandes avanços foram alcançados, principalmente no que concerne aos direitos sociais. Foram instituídos o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a Consolidação das Leis Trabalhistas e políticas previdenciárias, embora a aplicação fática encontrasse entraves, principalmente por conta da escassez de recursos financeiros e problemas gerenciais de implementação (CARVALHO, 2008, p.87).

Com um governo caracterizado por avanços e retrocessos, o que deixou marcado a era Vargas foi que os avanços que ocorriam no campo social traziam consigo alguns retrocessos no campo político. Faz-se necessário mencionar que entre 1937 e 1945 houve um período ditatorial, sob o comando de Getúlio Vargas, apoiado pelos militares.

O principal avanço após este período ditatorial ocorreu com a Constituição de 1946, que contou com um significativo avanço da democracia, visto que propiciou uma intensa mobilização política, estabeleceu a liberdade de imprensa e fez com que houvesse eleições em todas as esferas do Estado (CARVALHO, 2008, p. 127).

Ainda de acordo com Carvalho (2008, p. 145):

Após 1945, o ambiente internacional era novamente favorável à democracia representativa, e isto se refletiu na Constituição de 1946, que, nesse ponto, expandiu a de 1934. O voto foi estendido a todos os cidadãos, homens e mulheres, com mais de 18 anos de idade. Era obrigatório, secreto e direto. Permanecia, no entanto, a proibição do voto do analfabeto. A limitação era importante porque, em 1950, 57% da população ainda era analfabeta. Como o analfabeto se concentrava na zona rural, os principais prejudicados eram os trabalhadores rurais. Outra limitação atingia os soldados das forças armadas, também excluídos do direito do voto.

O período foi repleto de iniciativas que predominam até os dias atuais. Foi nele que

ficou estabelecido que as eleições ocorreriam de modo regular para os cargos do Poder Executivo e do Legislativo, o que incentivou a criação e regulação de partidos políticos nacionais. Na economia, ocorreu uma maior intensificação do setor capitalista industrial que tomou parte do espaço que até o momento era representado apenas pelo setor agricultor.

De acordo com o José Murilo Carvalho (2008, p. 132)]

Apesar da oposição civil e de revoltas militares, a habilidade do novo presidente permitiu-lhe dirigir o governo mais dinâmico e democrático da história republicana. Sem recorrer a medidas de exceção, à censura da imprensa, a qualquer meio legal ou ilegal de restrição da participação, Kubitschek desenvolveu vasto programa de industrialização, além de planejar e executar a transferência da capital do Rio de Janeiro para Brasília, a milhares de quilômetros de distância. Foi a época áurea do desenvolvimento, que não excluía a cooperação do capital estrangeiro. O Estado investiu pesadamente em obras de infra-estrutura, sobretudo estradas e energia elétrica.

Assim, em atenção ao período republicano vivido na sociedade brasileira, principalmente representado por dois momentos, a República velha e o período entre 1930 e 1964, viu-se que houve uma ampliação na participação política propiciada principalmente pelo avanço do capitalismo nas áreas industriais. A velha República ficou caracterizada pelo direito político ao voto que o colocava em uma situação de mercadoria, visto que havia entraves que limitavam o pleno exercício deste direito a apenas uma camada da população da época. Já, a partir de 1930, houve significativos avanços sociais, principalmente representados pela inserção de direitos trabalhistas e previdenciários, mas que também contou com avanços políticos importantes, representados pela primeira experiência democrática com a Constituição de 1946.

1.2.4. A Ditadura Militar

Já, no período ditatorial, o panorama muda de figura, quando se fala em cidadania. Por se ter a noção de que as concepções de cidadania, como foi visto até aqui, com grande contribuição dos direitos políticos e civis, o período militar ocorrido entre 1964 e 1985, pode ser considerado o que mais teve uma regressão das conquistas pelo instituto com o passar dos anos. Quando se fala em ditadura, o seu pior lado remonta aspectos trágicos que envolvem atitudes do Estado de censura, muitas mortes, tortura, exílios políticos que atingiram grande parte da população brasileira da época que vivia sufocada na sociedade.

De acordo com o Professor José Murilo de Carvalho (2008, p. 157-158) o período ditatorial compreende três fases:

A primeira vai de 1964 a 1968 e corresponde ao governo do general Castelo Branco e primeiro ano do governo do general Costa e Silva. Caracteriza-se no início por intensa atividade repressiva seguida de sinais de abrandamento. Na economia, foi um período de combate a inflação, de forte queda no salário mínimo e de pequeno crescimento. Foi o domínio dos setores mais liberais das forças armadas, representados pelo general Castelo Branco. No último ano, 1968, a economia retomou os altos índices de crescimento da década de 50.

A segunda fase vai de 1968 a 1974 e compreende os anos mais sombrios da história do país, do ponto de vista dos direitos civis e políticos. Foi o domínio dos militares mais truculentos, reunidos em torno do general Garrastazu Medici, escolhido presidente após o impedimento de Costa e Silva por motivo de doença. O período combinou a repressão política mais violenta já vista no país com índices também jamais vistos de crescimento econômico. Em contraste com as taxas de crescimento, o salário mínimo continuou a decrescer.

A terceira fase começa em 1974, com a posse do general Ernesto Geisel, e termina em 1985, com a eleição indireta de Tancredo Neves. Caracteriza-se inicialmente pela tentativa do general Geisel de liberalizar o sistema, contra a forte oposição dos órgãos de repressão. A liberalização continua sob o general Joao Batista de Figueiredo (1979-1985). As leis de repressão vão sendo aos poucos revogadas e a oposição faz sentir sua voz com força crescente. Na economia, a crise do petróleo de 1973 reduz os índices de crescimento, que no início dos anos 80 chegam a ser negativos.

Dentre as políticas adotadas no período militar, os denominados “Atos Institucionais” foram os principais atores na repressão e crueldade sofrida por parte da população. Ao todo foram 5 Atos: o primeiro foi editado em 1964 e estabelecia a possibilidade de cassação de direitos políticos de lideranças políticas, intelectuais e lideranças sindicais; o segundo, editado em 1965, dispôs sobre a eleição direta para Presidente da República, com elevação da carga de poder atribuída ao cargo – podendo o detentor deste dissolver o congresso, demitir funcionários públicos - houve a proibição da existência de alguns partidos políticos, houve ampliação da competência de juízes militares para que julgassem crimes políticos, além da limitação do direito de opinião e reforma do Poder Judiciário; o terceiro, editado em 1966, determinou eleições indiretas como sua principal medida; o quarto, editado em 1967, trouxe uma nova Constituição como sua principal mudança institucional; e, por fim, o Ato Institucional V, feito no ano de 1968, que efetivamente determinou o fechamento do Congresso Nacional, passando plenos poderes ditatoriais ao general e, então presidente, Costa e Silva, houve praticamente a mutilação de direitos políticos e civis com a cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função, a proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política, proibição de frequentar determinados lugares e o domicílio determinado, a suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais e a aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: liberdade vigiada (CARVALHO, 2008, p. 160-162).

Ainda que se tenha perdido em muito progresso na evolução dos direitos decorrentes da cidadania por conta dos Atos Institucionais editados no período, há de se ressaltar alguns

movimentos econômicos que darão uma melhor perspectiva sobre a sociedade brasileira à época.

Segundo Carvalho (2008, p. 169), ainda no período militar, houve uma enorme movimentação da população rural para as grandes cidades em busca de trabalho, visto que ainda havia muita exploração por parte dos proprietários de grandes pedaços de terras e aperfeiçoamento de maquinários que a tornava desnecessária no campo. Este processo foi o início de uma urbanização relevante do país, mas que na realidade trouxe, também, seu lado negativo que só seria revelado mais tarde.

Ainda segundo o autor, o crescimento econômico vivido durante a época, principalmente após o governo de Kubitschek, no governo de Medici, trouxe a ideia de que teria vivido um “milagre econômico”, entretanto a maioria da população brasileira, principalmente a carente, não conseguiu aproveitar os seus efeitos.

O sentido do “milagre” econômico foi posteriormente desmistificado por análises de especialistas que mostraram seus pontos negativos. Houve, sem dúvida, um crescimento nítido, mas ele beneficiou de maneira muito desigual os vários setores da população. A consequência foi que, ao final, as desigualdades tinham crescido ao invés de diminuir. Alguns poucos dados demonstram esse ponto com clareza. Em 1960, os 20% mais pobres da população economicamente ativa ganhavam 3,9% da renda nacional. Em 1980, sua participação caiu para 2,8%. Em contraste, em 1960 os 10% mais ricos ganhavam 39,6% da renda, ao passo que em 1980 sua participação subiu para 50,9%. Se subirmos na escala de renda, cresce a desigualdade. O 1% mais rico ganhava 11,9% da renda total em 1960; em 1980 sua participação era de 16,9%. Se os pobres não ficaram muito mais pobres, os ricos ficaram muito mais ricos (CARVALHO, 2008, p. 168-169).

Desse modo, viu-se que o “milagre” ocorrido apenas agradava à classe média e os deixavam indiferentes com a supressão dos direitos políticos, a população rural via o movimento com entusiasmo por ter na situação uma oportunidade de vida, e os operários da indústria urbana, ainda que tivessem permanecido na situação de sacrifício, angariaram alguns direitos sociais e mantiveram outros (CARVALHO, 2008, p. 192).

A situação mudou drasticamente com o desaparecimento do “milagre”, vez que, já no ano de 1975, o crédito esgotou e as taxas econômicas começaram a desacelerar, fazendo com que a classe média começasse a ficar insatisfeita e se movimentar no sentido oposto ao regime; os operários, por sua vez, organizaram-se para que iniciassem a retomada do percurso em busca de maior autonomia, melhores condições de trabalho e melhores salários. Foram apenas os trabalhadores rurais que mantiveram laços com o regime, mas que, em número, não foi suficiente para segurar o forte movimento de oposição encontrado nas cidades (CARVALHO, 2008, p. 192).

O saldo do regime militar na concepção de cidadania frente à sociedade brasileira foi o pior possível, visto que as experiências propiciadas pelos Atos Institucionais, que remontavam tempos arcaicos de restrição de direitos, geraram consequências negativas que permanecem até os dias atuais e foram responsáveis por criar na sociedade brasileira o sentimento de aversão ao governo militar. Portanto, ainda que o período tivesse trazido a ilusão de um enorme desenvolvimento econômico e ampliação dos direitos sociais, a intenção da maioria da população era de mudança para uma situação melhor, com a concretização dos direitos sociais legislados e efetivo desenvolvimento econômico, fato que propiciou a movimentação popular para pressionar o governo pela redemocratização.

1.2.5. A redemocratização

Desde a posse do general Ernesto Geisel, no ano de 1974, iniciou-se de modo muito lento o retorno da democracia. Tal movimento, intitulado de abertura política, desenvolveu-se até que se chegou em um movimento de mais popularidade conhecido como “Diretas já”, em 1983, que reuniu mais de um milhão de pessoas em São Paulo que pretendiam que as eleições ocorressem de maneira direta (ZAMBON, 2015, p. 27).

Ainda de acordo com Zambon (2015, p. 27), com a queda do regime militar em 1985, ou seja, depois de 21 anos é eleito o primeiro presidente civil, iniciando-se, portanto, um processo chamado redemocratização, que ocorreu no período entre os anos de 1985 e 1988. Nele, os direitos civis, como a liberdade de expressão, imprensa livre e liberdade de organização política e social, foram estabelecidos. Entretanto, a luta pela conquista dos direitos inalcançados pela maioria da população ainda continuaria.

Em 1986, foi formada uma Assembleia Nacional Constituinte que culminaria na promulgação da nova Constituição brasileira em 1988, que assegurava aos brasileiros muitos direitos decorrentes da cidadania (ZAMBON, 2015, p. 27).

As principais características que compuseram a Constituição da República Federativa do Brasil serão estudadas em um tópico específico, mas o que se ressalta, no presente momento da pesquisa, é que a promulgação serviu para reestabelecer a democracia e criar meios e mecanismos para que a sociedade se organizasse de uma forma mais estável e isto, lá na frente, permitiria que mais direitos decorrentes da cidadania fossem alcançados.

De acordo com Carvalho (2008, p. 200-217), nos tempos de redemocratização, houve uma expansão dos direitos políticos, visto que foi consolidada a eleição por via do voto

universal e direto, assim como a permissão de organização dos partidos políticos. Quanto aos direitos sociais, estes foram ampliados, principalmente quando houve, na Constituição de 1988, avanços em relação aos direitos previdenciários, trabalhistas, à educação e saúde. Já quando se fala dos direitos civis, houve a recuperação da liberdade de imprensa, organização e expressão, assim como a criação do remédio constitucional chamado *habeas data*, houve o ordenamento constitucional de regulamentação das relações consumeristas por legislação federal, assim como outras medidas.

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve um grande avanço institucional na República brasileira que culminou em bases para a democracia que se sustenta até hoje. As principais mudanças trazidas ditaram regras sobre a organização do Estado brasileiro, sobre a participação política dos cidadãos e o estabelecimento de direitos fundamentais. Nesta nova perspectiva, houve um novo pacto federativo em que se descentralizou a responsabilidade por políticas públicas – com os municípios figurando como um novo ente federativo – houve, também, o estabelecimento de direitos difusos e coletivos, além da uma regulamentação da participação popular na democracia.

Como consequência do movimento das “Diretas Já”, que ambiciava por maiores direitos políticos, a Constituição de 1988 não deixou a desejar. No detalhe trazido por José Murilo de Carvalho (2008, p. 199):

A constituinte de 1988 redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática que o país já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã. Em 1989, houve a primeira eleição direta para presidente da República depois de 1960. Duas outras eleições presidenciais se seguiram em clima de normalidade, precedidas de um inédito processo de impedimento do primeiro brasileiro eleito. Os direitos políticos adquiriram uma amplitude nunca antes atingida.

O advento da promulgação da Constituição de 1988 foi responsável por um enorme salto nas perspectivas sobre cidadania, efetivação de direitos fundamentais e respeito aos princípios constitucionais e merece ser analisado com um pouco mais de atenção. De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 121-125), as perspectivas de alcançar uma transformação social significativa através da implementação dos direitos sociais presentes na Constituição são evidentes, pois, ao promover o exercício desses direitos e fornecer instrumentos para a cidadania, a Constituição possibilita a concretização das demandas de um Estado fundamentado na justiça social e no respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, a Constituição de 1988 no Brasil adota um regime democrático, expresso no preâmbulo e no artigo 1º, estabelecendo um Estado Democrático de Direito com o propósito de garantir os direitos sociais e individuais, bem como valores essenciais como liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento,

igualdade e justiça em uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária, sem preconceitos. Esse regime baseia-se nos princípios da soberania popular, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e pluralismo político, onde todo o poder emana do povo, exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente.

É nesta perspectiva que o autor traz o seu conceito de democracia:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história (SILVA, 2005, p. 125-126).

Observa-se do conceito de democracia trazido pelo autor, que a relação entre cidadania, a efetivação dos direitos fundamentais e princípio da dignidade da pessoa humana é intrínseca e fundamental para a compreensão do que a Constituição de 1988 representa.

A cidadania refere-se aos direitos e deveres que os indivíduos têm como membros de uma comunidade política ou país e ser um cidadão implica participar ativamente da vida em sociedade, exercendo direitos civis, políticos e sociais, como o direito ao voto, à liberdade de expressão, à educação, à saúde, entre outros. Deste modo, a cidadania é a base para a construção de uma sociedade democrática e inclusiva, onde os indivíduos têm voz e participação na tomada de decisões políticas e na definição dos rumos da nação.

Para que a cidadania seja plenamente exercida, é fundamental que os direitos fundamentais sejam efetivos, ou seja, que estejam garantidos na prática, não apenas na teoria e esta efetividade significa que todos os cidadãos têm acesso real e igualitário a esses direitos, sem discriminação ou exclusão, o que implica assegurar, por exemplo, o acesso à educação de qualidade, à saúde, ao trabalho digno, à moradia adequada, à justiça, entre outros direitos que são essenciais para uma vida digna.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos pilares do Estado de Direito e está presente em diversas constituições e tratados internacionais de direitos humanos. Esse princípio estabelece que cada indivíduo tem um valor intrínseco, inerente à sua condição de ser humano, e que deve ser respeitado e protegido em todas as circunstâncias.

Portanto, a relação entre cidadania, efetividade dos direitos fundamentais e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana é indissociável, vez que uma cidadania plena só pode ser alcançada quando todos os indivíduos têm seus direitos fundamentais efetivados e

respeitados, garantindo a dignidade e a igualdade de todos. Deste modo, o respeito à dignidade humana é o pilar que sustenta a efetivação dos direitos fundamentais e é o caminho para uma sociedade mais justa, inclusiva e solidária, onde todos possam viver com dignidade e em harmonia.

Ainda que a promulgação da Constituição de 1988 tenha trazido uma grande onda de esperança com as bases democráticas reestabelecidas, o que se colocava naquele momento era o desafio em acabar com a cultura de práticas autoritárias estabelecidas no período ditatorial. Ainda assim, outro desafio que permanecia era a resolução dos problemas econômicos que assolavam o Brasil, caracterizados, principalmente, pela desigualdade social e pelo desemprego (CARVALHO, p. 199).

As regulamentações trazidas pela Constituição de 1988 que contemplam o objeto do trabalho necessariamente perpassam pelo estabelecimento de uma maior participação ativa do cidadão na democracia e pela determinação, também através do texto constitucional, das funções do Poder Judiciário na efetivação dos direitos decorrentes da cidadania, assuntos que serão abordados na sequência do trabalho.

Cabe apontar que, no período, havia um desacordo entre o que estava contido no texto constitucional com a realidade vivida na sociedade brasileira, o que fez com que os desafios acima descritos tornassem mais difíceis ainda de serem enfrentados.

De todo modo, aos poucos, os direitos sociais também iam angariando novos lugares nos corpos legislativos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Dentre algumas inovações legislativas podem ser citadas a alteração que transformou o crime de racismo em inafiançável; a igualdade jurídica entre homens e mulheres; ampliação dos direitos trabalhistas e previdenciários; criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, do Código de Defesa do Consumidor, em 1991, e da Lei Orgânica de Assistência Social, em 1993.

Assim, a cidadania no Brasil ainda precisa de complementos, visto que há na sociedade muita desigualdade social. Apenas a instituição da Constituição de 1988, com os direitos todos estabelecidos, em texto, não significa há a efetivação destes, sendo necessária a atuação dos institutos e poderes que compõem o país.

1.3. A cidadania na democracia: o papel do Poder Judiciário

Norberto Bobbio (1986, p. 17) traz suas reflexões sobre uma definição mínima de democracia, como um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as

decisões coletivas e com quais procedimentos. O autor explica, ainda, que é preciso que uma decisão tomada por indivíduos seja aceita como decisão coletiva com base em regras que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões para todos os membros do grupo.

Em uma democracia, esse poder é atribuído a um número muito elevado de membros do grupo. A regra fundamental da democracia é a que considera as decisões aprovadas pela maioria como decisões coletivas vinculatórias para todo o grupo caracterizada pela atribuição de poder a um grande número de membros do grupo e pela existência de regras que estabelecem quem pode tomar decisões vinculatórias e como elas são tomadas. A democracia é um ideal-limite de governo de todos, e a ampliação do número de cidadãos com direito ao voto é um processo contínuo de democratização (BOBBIO, 1986, p. 18-19).

A Constituição Federal de 1988 é a base legal do Estado brasileiro, estabelecendo a organização política e jurídica do país. Nesse contexto, a democracia e a cidadania são princípios fundamentais que permeiam toda a Carta Magna, garantindo a participação popular nas decisões políticas e o exercício pleno dos direitos e deveres dos cidadãos. No Brasil, a democracia também é um valor consagrado pela Constituição, visto que prevê a realização de eleições livres e diretas para todos os cargos políticos, a liberdade de associação e manifestação, a transparência na gestão pública e, principalmente, a proteção dos direitos fundamentais.

Deste modo, vislumbrando-se que a democracia é um regime político que garante a participação popular nas decisões governamentais, mas não só, é a democracia que possibilita a criação de mecanismos que façam com que haja efetividade no exercício de direitos decorrentes da cidadania.

É importante ressaltar que a democracia e a cidadania estão intimamente relacionadas, uma vez que a participação dos cidadãos nas decisões políticas é fundamental para a efetivação dos direitos e deveres previstos na Constituição. Destaca-se, portanto, que a Constituição brasileira é um documento vivo e dinâmico, que deve ser interpretado e aplicado de acordo com os valores democráticos e cidadãos que alicerçam a sociedade brasileira.

O Professor Paulo Bonavides, antes de efetuar uma tentativa de conceituação de democracia participativa, traça um histórico das concepções de democracia que ganharam notoriedade no mundo. Primeiro, o autor relembra que a democracia, para Abraham Lincoln “é um governo do povo, pelo povo e para o povo” (BONAVIDES, 2001, p. 50). A partir desta primeira ideia, Bonavides remonta que “povo” é um termo que, na conceituação de Friedrich Müller, traz consigo uma alta carga de combate, em vista todo um desenvolvimento conceitual em torno daquilo que é atribuído de legitimidade e que representa o principal destinatário da

cidadania provida por um Estado. O autor, na sequência do estudo, traz a versão kelseniana da conceituação de povo como “tão somente aquela unidade jurídica estatal que ‘regula o procedimento de entes humanos submetidos a normas’” (BONAVIDES, 2001, p. 53).

De tal modo, Paulo Bonavides revela que a sua concepção de democracia tem estrita relação com a ideia de soberania popular, tanto é que, desde logo, aponta:

As Constituições populares ou democráticas são aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberana do povo. Aqui já não se trata de equilíbrio nem de acordo entre os dois braços do poder que, conforme observamos, se vinham defrontando numa pugna histórica pela supremacia política: a monarquia abalada e a democracia ascendente. Tendo se afirmado vitorioso o princípio democrático, a Constituição surge a seguir por obra de uma assembléia constituinte (Convenção), que primeiro submete por via do referendunum à apreciação soberana do povo o projeto constitucional por ela elaborado. Traduz esse processo a incontestável hegemonia política das forças populares, que fazem legítimas as bases da nova ordem jurídica e do sistema representativo consagrado pela vontade dos cidadãos. (BONAVIDES, 2010, p. 90).

E é justamente partindo desta pertinente ideia de soberania popular que o autor propõe o surgimento de uma democracia participativa real, cuja estrutura organizacional se baseia neste aspecto soberano da população como um verdadeiro princípio. Ainda em sua obra “Teoria Constitucional Participativa” ele traz que:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses. Aqui se levanta questão de capital importância, que gira ao redor da determinação do conceito de povo, sede da soberania e, ao mesmo passo, sujeito e objeto das determinações de poder; pessoa jurídica suprema, em cujo nome, nos sistemas de soberania popular, se rege uma nação (BONAVIDES, 2001, p. 51).

Entretanto, cumpre ressaltar que a ideia de democracia participativa de Bonavides conta com alguns mecanismos encontrados na democracia representativa, ainda que a principal diferença se encontre no fato de que, por último, quem decidirá é o povo soberano. É o povo que assumirá o protagonismo de todo o processo político, do início ao fim de um processo legislativo de interesse público, travando estrita relação com a democracia direta.

Na democracia participativa o sistema representativo tem uma utilidade meramente subsidiária, instrumental e auxiliar, sempre tendo a voz popular como a voz final. Desta maneira, as instâncias representativas ficariam responsáveis apenas para manterem a máquina estatal em funcionamento.

Em uma ilustração numérica, Bonavides traz a seguinte proporção:

A parte direta da democracia é máxima, ao passo que a parte representativa será mínima; uma primária ou de primeiro grau, a outra secundária ou de segundo grau. Poder-se-ia, até, dizer, em termos matemáticos, num cálculo de aproximação, que a democracia participativa direta é noventa por cento mais direta que representativa (BONAVIDES, 2001, p. 60)

Ressalta-se que a concepção de democracia direta não deve ser confundida com a forma com que ela é exercida, não bastando a simples consulta popular, mas o voto deve ser entendido como a pura expressão da vontade do povo.

Destarte, o teórico lança as bases para o início de uma democracia participativa que torna necessária a criação da ideia de Estado democrático-participativo, que será o responsável por conferir à soberania popular a plena legitimidade e garantirá o respeito aos princípios da igualdade e da liberdade, assim como todos os direitos fundamentais decorrentes do exercício da cidadania.

Assim, busca-se, com a intenção de estabelecer uma democracia realmente participativa, um Estado forte e que atenda às vontades do povo organizado e soberano.

Entretanto, o autor ainda trata de muitos outros aspectos da organização do Estado para que a democracia participativa ocorra nos moldes propostos. Dando enfoque para o que estuda a pesquisa, cabe serem ressaltadas algumas ideias do autor acerca da atuação do Poder Judiciário nesta nova dinâmica de Estado:

Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto da terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilósofo.

Ao juiz da lei sucederá o juiz da Constituição. Ao juiz da legalidade, o juiz da legitimidade. Ao juiz da pré-compreensão de classe, o juiz da pré-compreensão da sociedade (BONAVIDES, 2001, p. 23)

Mais especificamente no que tange ao exercício hermenêutico quando se trata de matéria constitucional, o autor é ainda mais específico:

A par do bloqueio executivo, concorre o bloqueio judiciário da democracia, retratado na incapacidade e omissão que se observa de fazer o Supremo Tribunal Federal funcionar como Corte Constitucional e, assim, desempenhar, em toda a latitude das expectativas sociais e judiciais, o papel de guarda da Constituição. Por consequência, faz-se mister resgatar um múnus desatendido e imposto pelo constitucionalismo contemporâneo e sua hermenêutica de princípios, que é a hermenêutica da

legitimidade e da constitucionalidade material, hermenêutica dos direitos fundamentais pluridimensionais, com prevalência normativa de valores, do quilate daqueles estampados na dignidade da pessoa humana, e na inviolabilidade da soberania, em face de políticas de governo lesivas aos interesses da nação.

Sem embeber-se em tais fontes, sem fazer uso da hermenêutica de princípios, não há como retirar aquela Corte do Olimpo de sua indiferença à crise constituinte, por onde a democracia, o Estado de Direito e a separação de poderes se oxidam na essência e na base de suas instituições.

Dando seqüência às reflexões antecedentes, verifica-se que outro bloqueio judiciário precisa também ser removido: aquele das resistências oficiais à criação de um tribunal constitucional propriamente dito; um tribunal específico, que fizesse o povo sentir de perto quanto lhe seria valiosa uma judicatura suscetível de arrostar, sem cautelas excessivamente inibitórias, o problema constitucional, já hoje incontornável, da politicidade do Direito.

Abrir-se-ia, por essa via, um espaço efetivo de controle de constitucionalidade das ações governativas que transgridem o princípio da soberania, os artigos 1 e 3 da Lei Maior, solapando o interesse público do País e atentando contra a moral, a honra e a dignidade de um povo. Tal aconteceu no caso dos Acordos sigilosos do Fundo Monetário Internacional e das privatizações de 1998, que desnacionalizaram a economia brasileira e não deram ao povo ocasião de plebicitá-las, a fim de fazê-las, senão legítimas, ao menos admissíveis. Faz-se mister, por conseguinte, desbloquear os artigos 1 e 3 da Lei Maior, sem os quais não há democracia, nem república, nem federação (BONAVIDES, 2001, p. 62).

Portanto, Paulo Bonavides traça as bases teóricas para a democracia participativa e confere uma diferente conduta ao Poder Judiciário, dando ao juiz a incumbência de procurar ir além de uma decisão que se restringe a respeitar a norma textual, mas que procure, através de um exercício hermenêutico contemporâneo, colocar uma carga axiológica no que se discute e levar em consideração os princípios que permeiam algum tema sob discussão.

Giovanni Allegreti (2019, on-line) aponta para a dificuldade de desvinculação entre as democracias de tipo representativa e participativa, visto que o sistema político brasileiro é regido por leis que determinam o modo de representação – mais especificamente no modo com que os eleitos já possuem suas funções definidas – e no modo como as eleições já possuem determinações de como ocorrem. O autor também aponta que a democracia representativa não consegue manter algumas de suas promessas maiores, como igualdade e a não traição mútua entre representantes e representados, fazendo com que a representação impeça que os cidadãos participem mais da política.

O autor ainda esclarece sobre a dificuldade de estabelecimento da participação mais presente dos cidadãos, visto que é um ato voluntário, em que o cidadão deve ter real empenho, atração e expectativa de serem produtivos para que a participação se concretize. Entretanto, a participação também não poderá invadir o tempo das pessoas, o que resulta na ideia de que “as pessoas possuem limites de capacidade de atenção para com a participação na vida política de suas comunidades e de seus países” (ALLEGRETTI, 2019, on-line).

Deste modo, Giovanni Allegreti (2019, on-line) concebe a democracia participativa

como a “um conjunto de ações, instrumentos e institutos que promovem um diferente protagonismo do cidadão dentro do mundo da política”. Ainda, segundo o autor, uma democracia participativa tem como seu objetivo principal a construção de novas instituições legitimadas pelos cidadãos, de modo que possam reestabelecer a confiança na política.

Portanto, trazer à tona estas diferentes classificações, principalmente sobre as diferenças entre democracia representativa e participativa, mostra-se bastante elucidativo no contexto de atuação dos *amici curiae*, vez que consegue evidenciar que a representatividade contida pelo instituto em uma atuação no Poder Judiciário conta com algum aspecto contido dentro de atuações mais participativas na democracia.

Ao estudar a democracia, esbarra-se por vezes em classificações que tentam levantar aspectos relevantes sobre o instituto. A democracia representativa, como exemplo, possui uma epistemologia mais relacionada aos Poderes Legislativo e Executivo, ideia que se afasta da função primeira dos *amici curiae*, objeto do presente estudo, que é ter uma atuação dentro do Poder Judiciário. Entretanto, como será demonstrato em capítulo exclusivo sobre a atuação do instituto, o *amicus curie* tem como característica basilar a representação de setores da sociedade no objeto de uma controvérsia e é esta representação que se molda e se orienta pelo viés democrático.

Deste modo, observa-se que, ainda que a Constituição tenha trazido disposições que dessem esperança à sociedade para que a população conseguisse concretizar os direitos decorrentes da cidadania, a concretização apenas se realizará, como foi visto durante o desenvolvimento do estudo acerca da evolução da cidadania, após lutas, criação e prática de políticas públicas, atuação estatal, mas, principalmente, através de uma atuação incisiva do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito e desempenha um papel essencial na garantia dos direitos e na efetivação da cidadania. Isso ocorre porque o Poder Judiciário é responsável por julgar conflitos e decidir questões relacionadas aos direitos individuais e coletivos, bem como por fiscalizar o cumprimento das leis e da Constituição.

2 A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A TEORIA SOBRE A CONSTITUIÇÃO ABERTA DE INTÉRPRETES DE PETER HÄBERLE

Como o objetivo principal deste trabalho é estudar o *amicus curiae* como uma ferramenta de efetivação da cidadania, principalmente quando esta envolve o controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, é apropriado e necessário estabelecer uma reconstrução do pensamento jusfilosófico sobre a interpretação e a hermenêutica constitucional, desde o início da modernidade até o pensamento contemporâneo mais recente, mesmo que seja uma análise extremamente restrita devido a todas as limitações inerentes à tarefa.

A hermenêutica constitucional insurge-se como o verdadeiro campo do conhecimento que possibilita o presente estudo. É por meio do estudo das técnicas, métodos, princípios e ditames estabelecidos dentro da hermenêutica, e, mais especificamente, da hermenêutica constitucional, que se torna relevante a discussão do tema posto, principalmente quando o que se busca efetivar é a cidadania.

Assim, o segundo capítulo deste trabalho se propõe a analisar mais atentamente este campo do conhecimento, trazendo alguns dos teóricos mais relevantes e que preconizaram e contribuíram para o aperfeiçoamento das técnicas metodológicas da hermenêutica, assim como contribuíram com a criação de alguns dos conceitos e princípios que servirão como um embasamento teórico-conceitual para o prosseguir do trabalho.

Será analisada a relação entre as correntes filosóficas e os tipos de hermenêutica, bem como alguns momentos históricos fundamentais e seus respectivos marcos teóricos, além dos principais métodos e princípios que servem como subsídios para a existência desta matéria. Portanto, temas como a hermenêutica filosófica, seguida pela hermenêutica jurídica clássica e, por fim, a hermenêutica constitucional, muito estudada após o início da corrente pós-positivista, serão analisadas dentro de um contexto evolutivo. Embora exista uma discussão em torno da ordem cronológica dessas abordagens, para o fim da presente pesquisa, o estudo restringir-se-á a estes assuntos, vez que hermenêutica constitucional contemporânea é vista como uma reação ao positivismo e às outras escolas de hermenêutica jurídica clássica, representando uma evolução que traz complementos acerca desse pensamento.

A hermenêutica constitucional dentro do Poder Judiciário também terá relevância neste capítulo, já que é dentro do Poder Judiciário que se encontra a maioria dos intérpretes que

exercerão tarefa de dizer o direito através de uma interpretação que determine o entendimento, segundo seu processo hermenêutico.

Também se faz necessário estabelecer, previamente, a relação entre o intérprete e a Constituição, bem como sua relação com as normas jurídicas em geral, para que se possa falar em uma interpretação constitucional como um instrumento específico da hermenêutica constitucional. O estudo será direcionado principalmente à obra de Peter Häberle, pois é nesta, intitulada “A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição”, que se encontram as bases para entendermos a possibilidade dos *amici curiae* atuarem como intérpretes. O estudo do referido autor está diretamente relacionado com a temática da atuação do instituto do *amicus curiae*, motivo pelo qual se faz tão necessária esta abordagem.

Junto da abordagem mencionada, também serão expostas algumas críticas da teoria desenvolvida por Häberle, principalmente as que foram tecidas pelo Professor Paulo Bonavides, de forma a evidenciar contrapontos da teoria apresentada e com a finalidade de medir a incidência dela dentro do campo da hermenêutica constitucional.

2.1 A evolução da hermenêutica

De início, o estudo da etimologia da palavra “hermenêutica” e a explicação de seu significado tem grande relevância para o estudo, visto que se trata de um termo alheio ao uso comum por parte da maioria da sociedade e que deve ser explicado para que o presente trabalho possa ser compreendido por qualquer pessoa que tenha interesse de aprender com ele.

O autor Richard E. Palmer (1969, p. 24-41) aponta três vertentes essenciais do significado de hermenêutica, correlacionando tais significados com suas origens. Em síntese, a hermenêutica se ocupa em dizer, explicar ou traduzir e ressalta a importância da fixação destes parâmetros para o desenvolvimento do estudo sobre hermenêutica. Em suas palavras: “É bom que o campo da hermenêutica volte constantemente ao significado das três orientações significativas da interpretação como dizer, como explicar e como traduzir.”

Assim, aponta-se que a palavra “hermenêutica” advém do verbo grego *hermeneuein*, geralmente se refere ao ato de interpretar e, ao substantivo *hermeneia*, que significa interpretação. Essa palavra está associada ao deus Hermes, o mensageiro alado da mitologia grega, bem como ao sacerdote Hermeios do oráculo de Delfos. “Os Gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as ferramentas que a compreensão humana utiliza para

chegar ao significado das coisas e para o transmitir aos outros.” Hermes é conhecido por sua capacidade de transformar mensagens divinas em algo que a mente humana possa compreender. Ele não apenas transmite as mensagens textualmente, mas também age como um intérprete, tornando as palavras significativas e inteligíveis para os mortais (PALMER, 1969, p. 23).

Para Palmer (1969, p. 23), a hermenêutica se trata de transformar algo que é desconhecido, afastado e obscuro em algo concreto, próximo e compreensível. Essas três diretrizes da interpretação ajudam a tornar a hermenêutica mais relevante em termos humanos e existenciais, mantendo-se fiel ao seu significado original.

De acordo com o filósofo austríaco Emerich Coreth (1973, p. 2), por conta de sua etimologia, hermenêutica foi estudada dentro de um contexto sacro em um primeiro momento:

É por isso que a palavra “hermenêutica” foi primeiramente formada e empregada no domínio teológico, surgindo, porém, apenas na era moderna — como título de livro, encontra-se desde os séculos XVII e XVIII — no sentido de uma “arte da compreensão” ou de uma “doutrina da boa interpretação”, a saber, no sentido bíblico de uma interpretação correta e objetiva da Escritura.¹¹

Assim, a hermenêutica bíblica pode ser relacionada tanto à hermenêutica histórico-filológica quanto à hermenêutica jurídica. Em primeiro lugar, a hermenêutica bíblica se concentra na compreensão dos textos da bíblicos como testemunhos literários e históricos. Em segundo lugar, a hermenêutica bíblica compartilha com a hermenêutica jurídica a ideia de que os textos bíblicos possuem autoridade e validade normativa, e que são apresentados ao intérprete com a pretensão de serem compreendidos em todos os seus detalhes nesse sentido. Embora a hermenêutica bíblica lide com a palavra de Deus, ela é transmitida através de uma palavra humana e histórica, por isso deve ser investigada em sua origem e contexto histórico para ser compreendida corretamente. Ao mesmo tempo, é importante investigar seu sentido mais profundo e próprio, ou seja, a palavra bíblica contida nesses textos interpretadas por um intérprete humano (CORETH, 1973, p. 2).

Nota-se, portanto, que não há uma cronologia especificamente determinada que guiará os estudos acerca da hermenêutica filosófica e da hermenêutica jurídica, também não haverá esta cronologia nos estudos mais específicos sobre hermenêutica constitucional. Entretanto, é preciso entender tais correntes de modo separado.

¹¹ Ainda segundo Coreth (1973, p. 2), além da hermenêutica possuir uma dimensão sacra, a hermenêutica antigamente se ocupava não só em tentar compreender e interpretar a palavra divina, como também era utilizada para a interpretação de textos profanos.

2.1.1. A Hermenêutica Filosófica

A hermenêutica filosófica é um ramo da filosofia que se dedica à interpretação de textos e discursos. A compreensão do sentido de uma obra filosófica ou literária é fundamental para a sua correta apreensão e avaliação. Ao longo da história, diversos pensadores se dedicaram a estudar a hermenêutica, deixando suas contribuições para o desenvolvimento dessa área.

De acordo com o Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (1998, p. 209), Santo Agostinho foi um dos primeiros a discutir a hermenêutica em suas obras “Confissões” e “De Doctrina Christiana” e destacou a importância da interpretação dos textos bíblicos, propondo uma abordagem que combinava a razão e a fé. Segundo ele, a interpretação correta dos textos sagrados dependia da busca pela verdade e do conhecimento da língua e cultura dos autores. Ademais, o filósofo era influenciado pela Escola de Alexandria, que defendia uma alegorização da Sagrada Escritura, mas, ao longo dos anos, ele passou a se concentrar em uma interpretação mais relacionada ao sentido histórico, gramatical e literal da Bíblia.

Santo Agostinho enfatizava a importância da busca pela verdade e do conhecimento da língua e cultura dos autores para uma interpretação correta da Bíblia. A teoria do signo desenvolvida por Agostinho também foi adotada por Santo Tomás de Aquino e contribuiu significativamente para a compreensão do significado das palavras.

Santo Tomás de Aquino, por sua vez, também dedicou atenção à hermenêutica em sua obra “Suma Teológica”. Ele defendia que a interpretação de um texto deveria levar em conta a intenção do autor, bem como o contexto histórico e cultural em que foi produzido. Santo Tomás de Aquino acreditava que a hermenêutica era fundamental para a compreensão da mensagem divina. Assim, o trabalho do hermeneuta é buscar entender a intenção do emissor do texto, ou seja, o autor, e isso é feito através dos sinais linguísticos presentes no texto. Para Santo Tomás de Aquino, o papel do hermeneuta se concentra em desvendar a vontade do autor do texto, que é transmitida através dos signos linguísticos. O hermeneuta é um interlocutor que se dedica a compreender a mensagem do autor do texto, decodificando a intenção expressa através dos sinais linguísticos presentes no texto (DINIZ, 1998, p. 211).

Durante a Idade Média, a hermenêutica se concentrou na criação de regras para a correta interpretação da Bíblia Sagrada, com a Igreja Católica Romana insistindo que a interpretação deveria estar em conformidade com a tradição oral e as decisões infalíveis dos concílios e do papado. A evolução dessa disciplina se deu na teologia cristã, antes de migrar para a filosofia.

No entanto, durante o Renascimento, a preocupação se voltou para a descoberta de métodos para alcançar a verdade, e René Descartes se tornou um dos maiores defensores dessas ideias. Em suas obras “Meditações Metafísicas” e “Discurso sobre o Método”, ele argumentou que a interpretação dos textos deveria ser baseada na razão e na clareza da linguagem. Descartes defendia que o sentido de um texto deveria ser determinado de maneira objetiva, a partir de uma análise lógica, metodológica e sistemática. Foi principalmente com Descartes que a hermenêutica passou a ter uma base exclusivamente racional e se afastou dos aspectos religiosos.

De acordo com o Rodolfo Viana Pereira (2006, p.12), Friedrich Schleiermacher, por sua vez, foi um dos principais representantes da hermenêutica no século XIX e por isso é considerado o pai da Hermenêutica Moderna, já que sua contribuição permitiu à hermenêutica atingir novos caminhos. Ele concebeu a hermenêutica como a disciplina que busca as condições genéricas da compreensão, estabelecendo regras para a compreensão objetiva não apenas de textos científicos especializados, mas de qualquer pensamento expresso em palavras. Em sua obra “*Hermeneutik und Kritik*”¹², ele argumentou que a interpretação de um texto deveria levar em conta o contexto histórico e cultural em que foi produzido, bem como a subjetividade do intérprete. Schleiermacher propôs uma abordagem que combinava a razão e a sensibilidade na interpretação dos textos.

Foi somente a partir do trabalho de FRIEDRICH D. E. SCHLEIERMACHER, no início do século XIX, que a Hermenêutica pôde transcender os ramos estreitos que a atavam às ciências particulares, para alcançar um novo sentido: a disciplina que perguntando pelas condições genéricas da compreensão, deveria estabelecer as regras que permitissem a compreensão objetiva não só de textos científicos setorializados (religiosos, literários, jurídicos etc.), mas de quaisquer pensamentos postos ao entendimento através de palavras (PEREIRA, 2006, p.12).

Wilhelm Dilthey também foi um importante pensador da hermenêutica no século XIX. Em sua obra “Introdução às Ciências Humanas”, ele defendeu que a compreensão dos textos dependia da empatia do intérprete com o autor, ou seja, da capacidade de se colocar no lugar do outro. Dilthey argumentava que a interpretação dos textos deveria levar em conta a subjetividade e as emoções humanas. De acordo Palmer (1969, p. 50-55), o filósofo estabeleceu uma distinção entre as ciências humanas e as ciências naturais, atribuindo às primeiras uma natureza compreensiva dos fenômenos humanos, e às segundas uma natureza explicativa dos fenômenos naturais. Dilthey criou uma categoria de ciência e utilizou a hermenêutica como disciplina para fundamentar e proporcionar o acesso ao conhecimento no campo das ciências

¹² Tradução literal em português é: “Hermenêutica e crítica”.

humanas. Ele aplicou as regras e maneiras de agir e pensar das ciências naturais às ciências humanas para alcançar uma interpretação “objetivamente válida” das especificidades inerentes às ciências do espírito. A hermenêutica proposta por Dilthey é de caráter exclusivamente metodológico, estabelecendo uma teoria normativa da interpretação.

O que se infere da obra elaborada por Dilthey, portanto, é que ele conseguir criar as bases para um estudo metodológico e sistêmico que abriu portas para a criação da noção de segurança interpretativa, com o desenvolvimento de métodos corretos, seguros e idôneos para que o processo de conhecimento tenha uma maior validade.

No século XX, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer deram novas contribuições para a hermenêutica. Em sua obra “Ser e Tempo”, Heidegger propôs uma abordagem fenomenológica da interpretação, que levava em conta a experiência do ser humano.

Em “Ser e Tempo” voltou a conceber a compreensão num contexto totalmente novo, mudando assim o carácter fundamental de qualquer teoria conseqüente da interpretação. Redefiniu a própria palavra «hermenêutica» identificando-a com a fenomenologia (também tal como ele a definia) e com a função essencial das palavras que é tornar compreensível. Nos seus últimos trabalhos adoptou a exegese de textos como método típico do filosofar, propondo-se como um filósofo hermenêutico no sentido mais tradicional do termo. Mas, para Heidegger, o sentido mais fundo da palavra é o de um processo misterioso de revelação, pelo qual o ser ganha existência. Nos termos desse processo essencialmente hermenêutico. Heidegger abordou a linguagem, as obras de arte, a filosofia e a própria compreensão existencial (PALMER, 1969, p.164).

Já Gadamer, em “Verdade e Método”, defendeu que a interpretação de um texto deveria levar em conta o diálogo entre o autor e o leitor, em um processo constante de questionamento. De acordo com Hans-Georg Gadamer (1997, p. 489) interpretar é aplicar o direito e, mais especificamente, que o trabalho de interpretação consiste em concretizar a legislação em cada caso concreto, ou seja, na sua aplicação.

A hermenêutica avança ainda mais um passo entrando na sua fase lingüística, com a controversa afirmação de Gadamer de que «um ser que pode ser compreendido é linguagem.» A hermenêutica é um encontro com o Ser através da linguagem. Ultimamente, Gadamer defendeu o carácter lingüístico da própria realidade humana, e a hermenêutica mergulha nos problemas puramente filosóficos da relação da linguagem com o Ser, com a compreensão, a história, a existência e a realidade. Ela coloca-se no centro dos problemas filosóficos de hoje; não pode fugir às questões epistemológicas e ontológicas pois a própria compreensão é defendida como um tema epistemológico e ontológico (PALMER, 1969, p. 52).

Em acertada síntese, o professor Lenio Streck (2000, p. 165-166) diz que a filosofia hermenêutica traz novas ideias para a interpretação do direito, com destaque para as obras de Heidegger e Gadamer. Heidegger trabalha com a compreensão ontológica, onde o horizonte de

sentido é dado pela compreensão e antecipação do sentido. Já Gadamer acredita que a linguagem é essencial para a compreensão do ser, e que toda interpretação é especulativa. A hermenêutica é uma concepção universal que pertence ao ser da filosofia, sendo tão abrangente quanto a razão e a linguagem.

2.1.2. A Hermenêutica Jurídica

Sob forte influência da teoria desenvolvida por Friedrich Schleiermacher, toda a aplicação dos estudos traçados sobre regras mais específicas de interpretação passou a ser adotada na esfera jurídica. De acordo com Raimundo Bezerra Falcão (1997, p.98), a hermenêutica é um instrumento que auxilia na escolha do sentido adequado de um texto e a escolha se torna extremamente importante quando se trata da interpretação jurídica, pois o sentido escolhido pode implicar na busca pela justiça, que é essencial para a convivência e a valorização da humanidade, além de ser crucial para a própria validação do Direito.

Assim, surgiram algumas teorias dentro da hermenêutica jurídica, uma chamada teoria subjetivista e a outra objetivista, que merecem ser destacadas e estudadas de uma maneira mais aprofundada.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018, p. 279-282), a teoria subjetivista, também conhecida como estática, originalista ou voluntarista, defende que a interpretação da lei deve se concentrar na intenção do legislador ao elaborar a norma jurídica. Nesta perspectiva, a finalidade da hermenêutica é extrair a vontade do legislador e, a partir dela, aplicar a norma jurídica. Já a teoria objetivista, também chamada de não originalista ou não voluntarista, afirma que a interpretação da lei deve se concentrar na aplicação mais adequada da norma jurídica. Segundo essa perspectiva, a finalidade da hermenêutica é extrair a vontade da lei, em vez da vontade do legislador. Ambas as teorias têm defensores e críticos, e a escolha entre elas depende do contexto e das circunstâncias específicas de cada caso.

Tomando por base as teorias acima elencadas, e sob forte influência da corrente positivista¹³, também foram desenvolvidos métodos interpretativos e que tiveram como seu principal idealizador o jurista e filósofo alemão Friedrich Carl von Savigny. Dentre os métodos

¹³ Sob pena de comprometer o recorte temático que o presente trabalho pretende fazer, não serão aprofundados os estudos acerca do positivismo jurídico. Entretanto, ressalta-se a importância desta corrente encabeçada, principalmente por Kelsen, e, também, pela Escola da Exegese, que representou o início do pensamento jurídico baseado na busca por justiça e por segurança jurídica.

desenvolvidos podem ser citados o da interpretação gramatical; o da interpretação histórica, o da interpretação sistemática e o da interpretação teleológica.

A interpretação gramatical¹⁴, também conhecida como filológica, semântica ou literal, busca compreender o significado das palavras e seu valor semântico, a fim de extrair o significado das leis. Essa abordagem leva em consideração a linguagem utilizada pelo legislador, a estrutura sintática da norma e a gramática da língua para compreender a intenção por trás do texto legal (BARROSO, 2010, p. 292).

Por sua vez, a interpretação histórica¹⁵, também chamada de genética, considera os antecedentes históricos para extrair o significado das leis. Esta abordagem parte do pressuposto de que as normas jurídicas são fruto do contexto histórico em que foram criadas, e que a compreensão desse contexto é fundamental para a interpretação das normas (BARROSO, 2010, p. 293-294).

A interpretação sistemática, por sua vez, considera todo o sistema normativo para extrair o significado das leis. Essa abordagem parte do pressuposto de que as normas jurídicas não devem ser analisadas isoladamente, mas sim em conjunto com outras normas que integram o ordenamento jurídico. Dessa forma, a interpretação sistemática busca compreender o sentido e o alcance das normas à luz do sistema jurídico como um todo (BARROSO, 2010, p. 295).

Por fim, a interpretação teleológica, também conhecida como finalística, considera a finalidade da norma, a razão de sua criação, para extrair seu significado. Este estudo parte do pressuposto de que as normas jurídicas foram criadas para atender a determinados fins, e que a interpretação das normas deve levar em conta esses fins para compreender o sentido e o alcance das normas (BARROSO, 2010, p. 296).

Conforme Carlos Maximiliano (2007, p. 14), a hermenêutica jurídica se concentra na análise e organização dos procedimentos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das

¹⁴ No método gramatical de interpretação, também chamado de método literal, o texto da lei é fundamental para a interpretação, sendo tanto o ponto de partida quanto o limite para o intérprete. Um exemplo disso é o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que trata da inviolabilidade do sigilo de comunicações. Nesse caso, houve dúvida se a interceptação seria apenas de ligações telefônicas ou também de dados. Utilizando o método gramatical, decidiu-se que os dados também poderiam ser interceptados, já que o texto da lei inclui essa possibilidade de forma literal. Em alguns julgamentos, como o Mandado de Segurança nº 21729-4/DF e os Recursos Extraordinários nº 219.780/PE e nº 418.416-8/SC, houve discussão sobre quais elementos estariam protegidos pela inviolabilidade do sigilo de comunicações do artigo 5º, XII, da Constituição Federal. A maioria dos ministros decidiu que o dispositivo protege o processo de comunicação dos dados, não os dados em si, baseando-se em uma interpretação literal do texto.

(Art. 5º, XII, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.)

¹⁵ Segundo o jurista Miguel Reale (2001, p. 264-266), a interpretação histórica é um método de grande importância para a compreensão do Direito, uma vez que permite a identificação das razões que levaram à criação das normas e a sua evolução ao longo do tempo. Para Reale, a interpretação histórica é fundamental para a aplicação do Direito, uma vez que permite a compreensão da finalidade das normas e a sua adequação às circunstâncias atuais.

expressões de direito. Por isso, sua função é limitada ao entendimento e interpretação dos textos normativos jurídicos e suas expressões, levando em conta sua valoração e significado. Como a norma constitucional é uma norma jurídica, todos os métodos tradicionais utilizados no estudo da hermenêutica jurídica podem ser aplicados ao estudo da hermenêutica constitucional.

2.1.3. A Hermenêutica Constitucional

Desta feita, a hermenêutica jurídica surgiu com o intuito de estabelecer diretrizes e princípios para uma interpretação mais eficiente das normas jurídicas. A partir da crítica feita pelos pós-positivistas à concepção positivista do direito, surgiu uma nova perspectiva interpretativa que se preocupava em compreender o papel das normas jurídicas no contexto social e histórico em que foram produzidas.

Nesse sentido, o pós-positivismo se apresenta como uma corrente de pensamento que propõe uma leitura mais complexa e crítica do direito, valorizando aspectos como a moral, a política e a cultura. Conforme defende Jürgen Habermas, a hermenêutica pós-positivista busca interpretar a norma jurídica a partir do contexto histórico e cultural em que foi produzida, levando em conta não apenas a letra da lei, mas também os valores, as expectativas e os anseios da sociedade.

[...] uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção (HABERMAS, 1997, p.345-346).

A partir dessa concepção, a hermenêutica constitucional passa a considerar não apenas a letra da Constituição, mas também o seu espírito, ou seja, os valores e princípios que ela expressa. Nesse sentido, a hermenêutica pós-positivista busca interpretar a Constituição de forma dinâmica e evolutiva, levando em conta as mudanças sociais e culturais que ocorrem ao longo do tempo. Isso significa que a Constituição não deve ser interpretada como um conjunto

de normas imutáveis, mas como um instrumento que deve ser usado para proteger os direitos fundamentais das pessoas e para promover a justiça social.

Em síntese, pode-se afirmar que o pós-positivismo exerceu uma grande influência na hermenêutica constitucional, contribuindo para a superação do formalismo e da rigidez interpretativa que caracterizavam a hermenêutica tradicional. Ao valorizar o contexto histórico e cultural na interpretação das normas jurídicas, essa perspectiva interpretativa ampliou o espaço de discricionariedade do intérprete, permitindo uma interpretação mais flexível e aberta das normas constitucionais.

Com a chegada do movimento neoconstitucionalista, a hermenêutica constitucional passou a ser vista como uma área distinta dentro da hermenêutica jurídica, já que a interpretação das normas constitucionais é diferente da interpretação de normas gerais e objetivas. Isso ocorre devido à importância maior atribuída ao texto constitucional em relação às outras normas jurídicas. É relevante ressaltar que a hermenêutica constitucional é uma modalidade específica da hermenêutica jurídica. No entanto, em relação ao seu estudo, a interpretação não se limita aos métodos clássicos, mas se expande para outras abordagens.

No entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso (2005, on-line, fl. 9), as particularidades das normas constitucionais levaram tanto a doutrina quanto à jurisprudência a elaborar e sistematizar um conjunto específico de princípios destinados à interpretação constitucional. Esses princípios, de natureza instrumental e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos que guiam a aplicação das normas constitucionais. Entre eles, destacam-se o princípio da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade¹⁶

De acordo com o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 213) a hermenêutica constitucional se enquadra como uma categoria específica da hermenêutica jurídica, que é composta por métodos distintos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência. O autor ressalta que esses métodos são diferentes, mas se complementam reciprocamente.

As correntes teóricas podem ser divididas em teoria interpretativista ou procedimentalista, que defende que os juízes devem se restringir a interpretar os dispositivos expressos na Constituição. De acordo com essa teoria, a Constituição apenas estabelece as

¹⁶ Cumpre alertar que, como o objetivo do presente trabalho é analisar a atuação dos *amici curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional na efetivação da cidadania – e que este instituto se utilizará mais diretamente das técnicas metodológicas e da atenção aos princípios já estabelecidos pela própria hermenêutica, uma abordagem mais prolongada acerca do pós-positivismo parece descabida neste momento. Assim, ainda que a contextualização acerca da influência do pós-positivismo na hermenêutica constitucional não tenha sido esgotada, passa-se a estudar as correntes teóricas, os métodos e os princípios predominantes na hermenêutica constitucional.

regras do jogo político, cabendo ao Poder Legislativo deliberar sobre questões de cunho moral, econômico, político ou social, seguindo o princípio democrático; e teoria não interpretativista ou substancial permite que os juízes apliquem valores e princípios contra atos do Poder Legislativo que não estejam de acordo com o projeto da Constituição. Essa teoria defende a legitimidade do ativismo judicial, que interpreta a Constituição de forma mais ampla, incluindo questões sociais em seu texto.

Para a primeira corrente, não há razão para a interpretação constitucional se diferenciar dos métodos tradicionais de interpretação, uma vez que a Constituição é apenas um fator adicional na estrutura do sistema. Eles afirmam que toda norma tem um sentido intrínseco, seja aquele pretendido pelo legislador (*mens legislatoris*), seja aquele que emerge do próprio texto (*mens legis*), e que a tarefa do intérprete é descobrir o verdadeiro significado, usando critérios clássicos. De acordo com Canotilho (1993, p. 213), a abordagem jurídica começa com a premissa de que a Constituição é, acima de tudo, uma lei. Portanto, na interpretação da Constituição, os mesmos princípios tradicionais de hermenêutica jurídica são aplicados (isto é, filológico – gramatical, histórico – lógico, teleológico).

Ambas as correntes podem se utilizar de métodos da hermenêutica para chegarem a melhor interpretação. Neste sentido, os métodos podem ser divididos em duas frentes: a primeira compreende o método clássico de Savigny, que já foi estudado no subcapítulo anterior; a segunda aborda os métodos filosóficos, que se subdividem em cinco métodos: o tópico-problemático, o científico-espiritual, o normativo-estruturante, o concretizador e o comparativo.

Como já foi abordado, os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica, como o método gramatical/literal, sistemático, teleológico e histórico, podem ser perfeitamente aplicados às normas constitucionais. Isso significa que a Constituição pode ser interpretada pelos mesmos métodos utilizados na interpretação de leis.

Considerando a grande complexidade do processo interpretativo, especialmente quando se trata da hermenêutica constitucional, é importante destacar a opinião de Kaufmann (2010, p. 104): “todo pluralismo é benéfico, pois contribui para o conhecimento da verdade”. Em outras palavras, a diversidade de opiniões e abordagens é saudável e pode levar a uma compreensão mais completa e precisa da verdade. Assim, tornou-se necessário o desenvolvimento de novos métodos, mais exclusivos da hermenêutica constitucional, que se apresentam agora como métodos filosóficos e que surgiram com o intuito de complementar os métodos clássicos.

O primeiro método a ser apresentado é o tópico-problemático. Segundo o que preconiza tal método, o intérprete deve começar por analisar o problema e só depois escolher a

interpretação mais adequada dentre as várias interpretações possíveis permitidas pelas normas constitucionais. A interpretação mais adequada é aquela que convence o maior número de interlocutores. O método tópico-problemático utiliza um processo aberto de argumentação com a participação de múltiplos intérpretes, em que cada um apresenta seu ponto de vista e considera os prós e contras para encontrar a solução mais adequada para o problema em questão. Os tópicos¹⁷ têm a função de orientar a discussão dos problemas e auxiliar na tomada de decisões jurídicas. Esse método favorece a discussão do problema em virtude da abertura das normas constitucionais, pois visa resolver problemas concretos decorrentes do caráter aberto, fragmentário e indeterminado da lei constitucional (CANOTILHO, 1993, p. 213).

A tópica constitucional é criticada por permitir um casuísmo sem limites, invertendo a ordem da interpretação. A primazia da norma não deve ser sacrificada em prol da prioridade do problema.¹⁸ A invasão da Constituição formal pelos *topoi* pode enfraquecer o caráter normativo dos princípios constitucionais.

O cerne da tópica consiste em analisar o problema em questão, porém é importante ressaltar que ela não foi criada para desafiar a lógica, mas sim para demonstrar que o argumento dedutivo não é a única forma de controlar a certeza racional. Em resumo, segundo Bonavides (2010, p. 495-496), a invasão dos *topoi* na Constituição formal e a transformação dos princípios constitucionais e das bases da Constituição em pontos de vista ao livre arbítrio do intérprete enfraquecem a natureza normativa desses princípios, ou seja, sua juridicidade. Isso faz com que a Constituição, que já possui uma dimensão política, se torne excessivamente politizada com a metodologia dos problemas concretos derivados da aplicação da hermenêutica tópica.

No entanto, o método tópico-problemático é importante para preencher lacunas deixadas pelo dedutivismo, especialmente em uma sociedade aberta e dinâmica. O neoconstitucionalismo surge como uma nova perspectiva para a interpretação constitucional, sendo um desenvolvimento recente na Europa e no Brasil (BARROSO, 2015, on-line).

¹⁷ De acordo com Viehweg (2008, p. 30), a Tópica seria uma técnica de pensamento orientada para o problema, caracterizada pela dúvida e atribuída a Aristóteles. O problema seria o elemento central que atrai e guia os raciocínios, em uma órbita que gira em torno dele. Esse método ou forma de pensar o direito coloca o problema como o foco da discussão, em torno do qual as premissas são analisadas para encontrar possíveis soluções. O pensamento tópico busca a melhor interpretação ou decisão partindo do problema, considerando os *topoi*, ou seja, as opiniões comuns e notoriamente respeitáveis, que poderiam levar a uma solução consensual (VIEHWEG, 2008, p. 40). Aristóteles cunhou o termo *topoi* para se referir às verdades comumente aceitas que fundamentam nosso pensamento, argumentação e influenciam nossas decisões cotidianas.

¹⁸ De acordo com Hesse (1991) e Canotilho (1993, p. 214), a interpretação é uma atividade que está vinculada às normas e a constituição escrita é um limite ineliminável para ela. Não é aceitável sacrificar a primazia da norma em prol da prioridade do problema. As interpretações tópicas surgem quando o jurista tenta questionar a ideia de que a lei e o direito positivo têm primazia.

No método hermenêutico-concretizador, é necessário que o intérprete possua um conhecimento prévio da norma para que possa haver um diálogo entre a norma e os fatos, resultando em uma interpretação mais adequada. Segundo Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 144), para os adeptos do concretismo, a leitura de qualquer texto normativo começa com a compreensão prévia do intérprete em relação ao meio em que o problema está inserido. A partir daí, o hermeneuta deve concretizar a norma a partir de uma situação histórica, de modo que a solução do problema ocorra à luz da Constituição e não por critérios pessoais de justiça. De acordo com Ricardo Schier (1997, p. 52), o método concretista considera não apenas o comportamento semântico dos textos normativos, mas também o comportamento fático, levando em conta a pré-compreensão do sujeito e a realidade como um todo. Para Canotilho (1993, p. 214), essa abordagem valoriza a dialética do fenômeno jurídico e representa um novo momento na dogmática do direito brasileiro.¹⁹

Em síntese, o método indica que a interpretação da Constituição deve ser um processo contínuo de diálogo entre as pré-compreensões do intérprete e o texto constitucional, num movimento circular chamado de círculo hermenêutico-concretizador. O intérprete deve analisar suas próprias pré-compreensões sobre o assunto em questão e, em seguida, examinar o texto constitucional, voltando novamente às suas pré-compreensões, até que se chegue a uma solução e concretização da norma constitucional. Segundo Mártires Coelho (2011, p. 145), o método concretizador busca se basear na Constituição como limite para a interpretação, mas sem deixar de considerar a realidade para entender seu significado. Assim, o intérprete deve ter em mente tanto o texto constitucional quanto a realidade para alcançar uma interpretação adequada.

O método científico-espiritual busca a vontade pura e o espírito da Constituição, que é um instrumento de integração jurídica e política para preservar a unidade social. Segundo Canotilho, este método tem duas premissas básicas: um sistema de valores subjacente ao texto constitucional e a Constituição como elemento de integração (CANOTILHO, 1993, p. 215).

De acordo com Larenz (1989, p. 449-455), quem desenvolveu o método científico-espiritual, foi Rudolf Smend, e trouxe a concepção de que a Constituição é a organização legal do Estado ou da dinâmica vital em que a vida estatal se desenrola e que serve como suporte normativo para o processo de integração do Estado, embora o Estado não se restrinja apenas aos momentos da realidade que são abrangidos pela Constituição.

¹⁹ Canotilho (1993, p. 214) explica que o método hermenêutico-concretizador consiste em uma abordagem que busca a concretização da norma propriamente, não se orientando para um pensamento axiomático, mas para um pensamento orientado para problemas. No entanto, essa abordagem difere do método tópico-problemático, uma vez que, enquanto o último considera o problema como primordial em relação à norma, o primeiro se baseia no pressuposto de que a Constituição deve ser considerada como primordial em relação ao problema.

Dessa forma, é necessário considerar o Estado como uma realidade. A Constituição não é apenas um sistema burocrático de competências, mas uma norma que reconhece o poder de cada órgão com o objetivo de integração, ou seja, distribuição de participação de caráter político. Como resultado, o intérprete deve enxergar a Constituição como algo dinâmico e não estático, permitindo e exigindo uma interpretação flexível e ampla. Em geral, o Estado, o direito e a Constituição são fenômenos culturais ou fatos ligados a valores, que servem como instrumento de integração para alcançar esses valores. O intérprete deve considerar a Constituição como algo em constante mudança, e não como um conjunto fixo de regras. Isso requer uma interpretação flexível e ampla. De maneira geral, o Estado, o direito e a Constituição são entendidos como aspectos culturais ou fatos relacionados a valores e todos eles são usados como ferramentas de integração para alcançá-los.²⁰

De acordo com o método normativo-estruturante, o intérprete deve buscar o verdadeiro significado da norma constitucional, que não é necessariamente o mesmo que o texto da Constituição. Esse método está em consonância com a proposta de Hans-Georg Gadamer (2003, p. 489) de que interpretar é também aplicar o direito e que a interpretação consiste em tornar a legislação concreta em cada caso específico. O objetivo do método normativo-estruturante é investigar as várias funções do direito constitucional, seja na jurisdição, na legislação ou na administração. Ele também deve considerar a estrutura da norma e do texto em relação à sua concretização prática e funções jurídicas. É importante ter em mente que esse método se baseia em uma teoria hermenêutica da norma jurídica que reconhece a diferença entre a norma e o texto normativo. O objetivo final é captar as transformações da norma e aplicá-la em uma decisão prática²¹.

Na análise de Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 151), o trabalho do aplicador do direito é bastante complexo e para realizar uma tarefa justa, ele deve considerar não apenas a interpretação do texto da norma, mas também os elementos que decorrem da investigação do âmbito normativo. Estes elementos têm a mesma importância que o texto da norma e representam a parte da realidade social que a norma procura regular. O método estruturante parte da premissa de que há uma conexão necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre as regras jurídicas e a realidade que pretendem regular. Isso mostra que a

²⁰ Segundo os autores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 103), a Constituição, como um instrumento de organização da totalidade da vida do Estado e do processo de integração da dinâmica social, requer uma interpretação flexível e ampla. Em outras palavras, a interpretação da Constituição não só é permitida, mas também é necessária para garantir a sua eficácia na ordenação da sociedade.

²¹ Canotilho (1993, p. 215) cita a visão de Friedrich Müller, segundo a qual o texto normativo é apenas "a ponta do iceberg" da norma, que também é composta por um "pedaço de realidade social" que o texto não contempla completamente. Por isso, a concretização da norma deve levar em conta tanto a interpretação do texto normativo quanto a investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).

normatividade vai além dos comandos jurídicos para tornar efetivos seus propósitos regulatórios.

Assim sendo, a normatividade não é algo que se restringe apenas ao texto da norma, mas sim um resultado que ultrapassa seus limites textuais e que não pode ser completamente expresso por meio da escrita. O conteúdo regulamentado pela norma é criado pelos três poderes de acordo com a Constituição, sendo que o texto constitucional é a base para essa criação. Portanto, para se determinar o conteúdo completo da norma, é necessário levar em consideração a realidade que ela busca regular, incorporando tudo o que não é expresso de maneira clara no texto.

O método comparativo, por sua vez, exige que o intérprete da Constituição se dedique a analisar a Constituição nacional em comparação com outras Constituições internacionais. Ao contrário do método clássico, em que o direito comparado é utilizado apenas para fins históricos, o método comparativo visa realizar uma análise jurídica comparativa da transformação de institutos jurídicos em diferentes ordenamentos jurídicos.²²

De acordo com José de Oliveira Ascensão (1994, p. 113), a Ciência do Direito pode se beneficiar significativamente dessas lições, pois quando o legislador se baseia em leis estrangeiras, o conhecimento dessas leis ajuda na compreensão das leis nacionais. Isso é especialmente importante quando o legislador segue um modelo estrangeiro de maneira cega. Muitas vezes encontramos trechos legais que não fazem sentido por si só, mas que se tornam claros quando descobrimos que são uma transposição de uma fórmula legal existente em outro país²³.

Em acertada análise, Coelho (2002, on-line, p. 165), aponta que, embora reconheça a importância e vantagens da abordagem hermenêutica proposta e da prática do direito comparado na compreensão de normas e sistemas jurídicos, incluindo aqueles que não têm relevância constitucional, é questionável considerar essa forma de estudo como um critério ou método independente para a interpretação constitucional. Isso é especialmente verdadeiro dada a ampla aceitação e uso do direito comparado em todas as principais tradições jurídicas.

Destarte, findam-se os estudos acerca dos principais métodos desenvolvidos dentro da corrente da hermenêutica constitucional e passa-se, neste momento, a serem abordados os

²² O direito comparado como campo de estudo teve seus fundamentos apresentados por Anselm Feuerbach em sua obra, conforme relatado por Ernesto Leme (1960, p.59).

²³ De acordo com René David (1953, p. 80), o estudo do Direito Comparado é uma ferramenta útil para o jurista entender de maneira mais completa a ciência por trás do ordenamento jurídico nacional. Isso ocorre porque ele será capaz de ter uma compreensão mais profunda das estruturas e dos princípios interagindo com outros sistemas jurídicos contemporâneos.

princípios, também desenvolvidos neste campo, para que a abordagem sobre o tema fique mais completa e rica em detalhes.

Os fundamentos da interpretação constitucional são alguns dos principais componentes para compreender por que há uma forma de interpretação que se aplica exclusivamente às normas constitucionais. Ao interpretar o texto constitucional, o papel do intérprete constitucional difere do papel do intérprete jurídico comum, pois precisa considerar uma série de princípios. É importante destacar que os princípios possuem um caráter axiológico e, ao contrário das regras, não se enquadram na máxima “tudo ou nada”. Eles são altamente abstratos e carentes de determinabilidade na aplicação ao caso concreto. Além disso, enquanto as regras conflitantes em um caso concreto exigem a aplicação de apenas uma delas, descartando a outra completamente, no caso de conflito entre princípios, deve-se obedecer à proporcionalidade e ao equacionamento de eventuais colisões, evitando assim a ideia de cancelar qualquer um dos princípios

De acordo com o autor Robert Alexy (2015, p. 90), os princípios são normas que determinam que algo seja realizado ao máximo, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Eles são mandamentos de otimização, o que significa que podem ser cumpridos em diferentes graus e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno, e, portanto, podem apenas ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, é obrigatório seguir exatamente o que ela ordena, sem mais nem menos. As regras contêm determinações precisas sobre o possível tanto fático quanto jurídico.

Destarte, o estudo dos princípios que permeiam toda a ordem constitucional faz-se indispensável no presente estudo. Assim, serão apresentados alguns destes princípios para que seja compreensível, posteriormente, a prevalência de uns sobre outros, principalmente quando há, em uma atuação dos *amici curiae*, a invocação destes como argumentos na perseguição de algum direito decorrente da cidadania.

Iniciando a abordagem mais específica sobre os princípios, coloca-se em destaque neste momento o **princípio da unidade**, que indica que, quando houver conflito entre normas constitucionais, essas normas devem ser compatibilizadas, pois a Constituição é um todo harmonioso. Portanto, um conflito entre normas constitucionais não pode ser resolvido da mesma maneira que um conflito entre leis. No conflito de leis, há uma resolução baseada em critérios como hierarquia, cronologia ou especialidade – nesses casos, uma lei revoga a outra. No entanto, graças ao princípio da unidade, o mesmo não acontece em caso de conflito entre normas constitucionais.

De acordo com Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 179):

Aceito e posto em prática esse princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da constituição, ao mesmo tempo em que se habilita a desqualificar, como contradições meramente aparentes, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação racional evidenciará serem diferentes – “pretendam” regular a mesma situação de fato.

Assim, de acordo com o aludido princípio, as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios sem hierarquias distintas.

Partindo para o segundo princípio, o da **concordância prática ou da harmonização**, tem-se como objetivo resolver conflitos entre direitos fundamentais, buscando uma solução baseada na harmonização dos princípios conflitantes quando eles entram em choque. Este princípio se baseia na ideia de que todos os bens constitucionais têm igual valor e de que não há hierarquia e, portanto, não pode haver sacrifício de uns em relação aos outros. Para resolver esses conflitos, é necessário estabelecer limites e condicionamentos recíprocos, a fim de alcançar uma harmonização ou concordância prática entre esses bens (CANOTILHO 1993, p. 228).

Em síntese, o princípio descrito acima consiste na orientação para que o intérprete das normas constitucionais, diante de uma situação em que bens jurídicos protegidos pela Constituição concorrem entre si, adote uma solução que permita a realização de todos eles da forma mais otimizada possível, evitando o sacrifício completo de um em relação ao outro, uma vez que não há hierarquia entre as normas constitucionais. Desse modo, é possível notar que este princípio retoma em certa medida o princípio da unidade, pois ambos têm como objetivo não anular um princípio em relação a outro, mas sim promover a harmonia entre os princípios em conflito, conforme já sugere o seu próprio nome.

O terceiro princípio é denominado **princípio da justeza**²⁴, estabelece que o intérprete não pode alterar as atribuições constitucionais. O intérprete não pode modificar a estrutura organizacional e funcional estabelecida pela Constituição através do ato de interpretação da norma. Este princípio é especialmente importante no controle da constitucionalidade das leis e nas relações entre a legislatura e as cortes constitucionais. Com a legitimação democrática do legislador e a posição institucional das cortes como intérpretes supremos da constituição, podem surgir conflitos de interpretação sobre quem melhor interpreta o texto constitucional.

²⁴ A nomenclatura do princípio da justeza também pode se dar como princípio da correção funcional, ou conformidade funcional, ou exatidão funcional.

No entanto, é preciso evitar que esses conflitos subvertam o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido. A solução deve ser encontrada sem agredir a constituição e sem desequilibrar os poderes instituídos (COELHO, 2002, p. 181).

Assim, o princípio busca evitar qualquer distorção do sistema funcional-organizatório estabelecido na Constituição, evitando a possível violação das regras e competências estabelecidas para cada função.

Já, no princípio da integração ou força integradora, quando há conflito entre normas constitucionais, o intérprete deve priorizar a norma que possua maior relevância política e social na integração do sistema constitucional²⁵. De acordo com o que é estabelecido por este princípio, ao resolver problemas jurídico-constitucionais, o intérprete deve priorizar critérios que promovam a integração política e social e fortaleçam a unidade política. É importante notar que esse princípio não se baseia em uma concepção integracionista do Estado e da sociedade, que poderia levar a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos ou transpersonalismos políticos. Em vez disso, o princípio parte da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para chegar a soluções pluralisticamente integradoras (CANOTILHO, 1993, P. 227).

Quanto ao princípio da força normativa da Constituição, nele é determinado que o intérprete deve buscar a máxima durabilidade do texto normativo, a fim de garantir a sua continuidade por um longo período. Isso se aplica especialmente à Constituição, que é concebida para ser duradoura e resistir ao tempo, e, portanto, mudanças constitucionais devem ser evitadas, a menos que absolutamente necessárias.

O referido princípio foi desenvolvido por Konrad Hesse, que preconizou a ideia de que a Constituição é capaz de se transformar em uma força ativa, impondo tarefas que devem ser efetivamente realizadas para que a ordem nela estabelecida seja concretizada. Isso depende da vontade de Constituição, que se baseia na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e na consciência de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa vontade tem consequência, pois a vida do Estado não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis, e todos estão permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumir e resolver as tarefas por ele colocadas. É por este motivo que a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na

²⁵ Luís Roberto Barroso (2010, p.399-400) é um dos principais proponentes da ideia de constitucionalização do direito na doutrina brasileira, segundo a qual as normas constitucionais possuem um efeito expansivo capaz de irradiar sua força normativa e valores para todo o sistema jurídico. Esse fenômeno faz com que o conteúdo material e axiológico das normas constitucionais seja aplicado em outras áreas do direito, além de servir como parâmetro para a interpretação de outras normas.

natureza das coisas, impulsionando-a e conduzindo-a, transformando-se assim em uma força ativa (HESSE, 2009, p. 245-247).

No princípio da máxima efetividade, preceitua-se que, caso haja mais de uma possível interpretação para uma norma constitucional, deve-se dar preferência àquela que garanta maior eficácia para a norma no caso específico em questão. A efetividade da Constituição é garantida pelo controle da constitucionalidade dos atos normativos, que consistem em um meio de defesa e garantia da força normativa da Constituição. Para que esse controle seja efetivo e eficaz, as violações das normas e princípios constitucionais captadas em sede de fiscalização judicial devem ser acompanhadas de sanções adequadas. Isso significa que as normas constitucionais devem ser aplicadas com máxima efetividade na solução de conflitos e que se deve priorizar a interpretação que assegure maior estabilidade, aplicabilidade e eficácia às normas constitucionais. A garantia da força normativa da Constituição é fundamental para a manutenção do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos (CANOTILHO, 1993, P. 1002).

Prosseguindo para o princípio da interpretação conforme a constituição, Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 184) conceitua que o princípio “consubstancia [...] uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da constituição e o da correção funcional”. O autor explica que o princípio da interpretação conforme a constituição nada mais é do que uma recomendação ao aplicador da constituição que, diante da interpretação de normas infraconstitucionais, encontre aquela que evite a inconstitucionalidade e que representem o melhor entendimento, ou seja, o constitucional. Também ressalta que no controle de constitucionalidade, os tribunais devem agir como legisladores negativos, invalidando as leis que violem a Constituição, sem, no entanto, produzir novas normas através da interpretação da Constituição. Em outras palavras, eles devem apenas anular as leis que sejam contrárias à Constituição e não criar novas regras²⁶.

Por último, chega-se à abordagem dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De acordo com Mártires Coelho (2012, p. 235) traz uma visão de similaridade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visto que são frequentemente usados para verificar a legitimidade das restrições aos direitos, mas, também,

²⁶ De acordo com Barroso (2015, p. 490) A compreensão da interpretação conforme a Constituição vai além da definição simplista do princípio e requer uma compreensão refinada para garantir a validade de normas que possam ser consideradas inconstitucionais. Ela também busca atribuir significado às normas que estão abaixo da Constituição de maneira a melhor atender aos princípios constitucionais. Portanto, esse princípio serve como uma técnica de interpretação e um mecanismo para garantir a constitucionalidade das leis simultaneamente.

podem ser aplicados para avaliar a distribuição equilibrada de poderes, privilégios e benefícios. Em essência, estes princípios são baseados em valores como justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, medida justa, proibição de excesso e direito justo, e serve como uma diretriz axiológica que antecede e condiciona a criação de leis, inclusive em nível constitucional. Além disso, como princípios gerais do direito, eles funcionam como uma regra de interpretação para todo o sistema jurídico.

Entretanto, há diferenças pontuais entre um e outro. Tem-se que o princípio da razoabilidade deve ser invocado na hipótese de haver um momento em que o intérprete precisa avaliar se o ato normativo do intérprete julgador é justificável ou não. Se for considerada injustificável, então deve ser declarada inconstitucional. Já o princípio da proporcionalidade, segundo Dimitri Dimoulis (2006, p. 224), é útil imaginar uma balança de dois lados, na qual cada lado representa um direito fundamental. Nessa analogia, o intérprete precisa avaliar, no caso concreto, qual lado da balança está mais pesado.

Portanto, colocados as características mais essenciais dos métodos e princípios que abarcam o estudo da hermenêutica constitucional, solidificou-se a base conceitual que servirá como subsídio para que se possa entender de que forma, em uma atuação dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, pode ocorrer a utilização daqueles métodos apresentados e a invocação destes princípios como argumentos com a finalidade de persuadir os intérpretes e julgadores na perseguição de algum direito decorrente da cidadania – o objeto de estudo do presente trabalho.

2.2 A Hermenêutica Constitucional no Poder Judiciário

Para que se possa ir além, faz-se necessário, em uma análise generalista, o estabelecimento da relação entre o Poder Judiciário com a Hermenêutica Constitucional. Como já fora abordado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro como a fonte maior e mais importante hierarquicamente para o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário nacional. Nesta perspectiva, a observância aos conteúdos advindos do estudo da hermenêutica constitucional se revela imprescindível para a boa atuação deste órgão e para o que ele pretende.

O Professor Paulo Bonavides (2010, p. 599-604), ao estabelecer a relação entre “O velho Direito Constitucional da separação de poderes e o novo Direito Constitucional dos direitos

fundamentais”, se utilizou de um estudo que foi desde a decadência do positivismo formal até a ascensão do pós-positivismo material. Neste estudo, o autor trouxe considerações de grande valia e que merecem ser analisadas.

Com a queda do positivismo e o surgimento da teoria material da Constituição, os estudos constitucionais passaram a se concentrar nos direitos fundamentais e nas garantias processuais da liberdade, em vez da organização da Lei Magna. Anteriormente, a preocupação predominante estava na organização dos poderes e na distribuição de competências. Entretanto, a Constituição passou a ser vista como a “Lei das leis”²⁷ e o “Direito dos Direitos”, representando os princípios normativos que unem e dão legitimidade ao sistema, especialmente no contexto do Estado social (BONAVIDES, 2010, p. 599/601).

Na era do constitucionalismo do Estado liberal, a ênfase estava na organização jurídica dos poderes e na harmonia funcional entre eles. No entanto, com o novo Direito Constitucional, a atenção voltou-se para os direitos fundamentais, que assumiram uma importância contemporânea muito maior do que as questões relacionadas ao equilíbrio de poderes. Os direitos fundamentais passaram a ser vistos como a essência da liberdade nas Constituições, refletindo a complexidade dos fatores sociais do poder e sendo sujeitos a constantes variações. Assim, a tensão que se coloca se concentra principalmente na esfera dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2010, p. 601-602).

Com o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais extrapolaram a relação exclusiva entre o cidadão e o Estado, adquirindo uma dimensão objetiva que abrange toda a ordem jurídica. Eles se tornaram normas objetivas, de validade universal e conteúdo indeterminado, que transcendem tanto o Direito Público quanto o Privado. Isso levou a importantes inovações constitucionais, como a aplicação dos direitos fundamentais ao Direito Privado, sua elevação à categoria de princípios de eficácia normativa, sua vinculação aos três poderes e sua aplicabilidade direta. Os direitos fundamentais também passaram a ter uma dimensão axiológica, refletindo uma ordem de valores e orientando a legislação, administração e jurisdição. Além disso, sua eficácia se estendeu às relações entre particulares, ampliando seu impacto para além do confronto individual com o Estado (BONAVIDES, 2010, p. 602-604).

Assim, a Constituição brasileira constituiu-se como um documento que positivou os direitos fundamentais e não só determinou a que estes deveriam ser respeitados em todas as esferas da administração pública e, também, dentro das relações privadas. Deste modo, a

²⁷ A expressão “Lei das leis” é a tradução da expressão latina *lex legum*.

Constituição passa a necessitar de meios e técnicas para que os direitos fundamentais ali estabelecidos sejam efetivamente respeitados.

Portanto, cabe, neste momento, ser apresentado mais um método que, apesar de ainda ser considerado uma técnica de interpretação, vai além, passa a ser considerado, também, como uma modalidade de controle de constitucionalidade. O método em questão é o da interpretação conforme a Constituição que, segundo Barroso (2015, p. 490), entende nuances ocultas por trás da rotulação simplista de princípio e possui o propósito de preservar a validade de certas normas que são suspeitas de inconstitucionalidade, assim como atribuir significado às normas abaixo da constituição, de maneira a melhor cumprir os comandos constitucionais. Deste modo, engloba, ao mesmo tempo, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle da constitucionalidade.

Ainda segundo Barroso (2015, p.490), a interpretação conforme a Constituição é um processo pelo qual se busca garantir a conformidade das normas e interpretações com os valores e princípios estabelecidos na Constituição. Isso pode ocorrer de três maneiras principais. Primeiro, a interpretação conforme a Constituição pode envolver uma interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou seja, busca-se compreender o real significado e alcance desses valores e princípios de acordo com o contexto em que estão sendo aplicados. Isso implica em uma interpretação que esteja em conformidade com a Constituição, evitando distorções ou desvios que possam comprometer sua validade. Segundo, a interpretação conforme a Constituição também pode levar à declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma. Isso ocorre quando uma interpretação específica de uma norma é considerada em desacordo com a Constituição. Nesse caso, o órgão responsável pela interpretação e aplicação das leis pode declarar essa interpretação como inconstitucional, invalidando-a e exigindo que a norma seja interpretada de outra maneira que esteja em conformidade com a Constituição. Por fim, a interpretação conforme a Constituição pode resultar na declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, quando se constata que a aplicação da norma em questão violaria a Constituição. Isso significa que, em certas circunstâncias, uma norma pode ser considerada inaplicável ou não válida, uma vez que sua aplicação nesse contexto específico resultaria em uma violação dos princípios constitucionais.

Em suma, a interpretação conforme a Constituição busca garantir a harmonia entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, seja através da interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, da declaração de inconstitucionalidade de uma interpretação

específica ou da não incidência da norma em determinada situação de fato que viole a Constituição.

Neste sentido, assevera a relevância e o importante papel do Poder Judiciário para a ordem jurídica e para a democracia, que de maneira assertiva e acertada o Professor Luigi Ferrajoli sintetiza:

É nesta sujeição do juiz à constituição, e, portanto, no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *em droits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes (FERRAJOLI, 2004, p. 26-27, tradução nossa).

A concretização dos direitos é garantida por meio da função protetora do Poder Judiciário, utilizando técnicas jurídicas que visam garantir a máxima efetividade desses valores fundamentais através da intervenção judicial. Essas técnicas anulam atos do Estado, ou, até mesmo, das relações privadas que violam direitos individuais e fornecem instrumentos coercitivos ou de sanção contra a omissão de medidas que concretizem os direitos sociais. Além disso, é papel do Judiciário verificar a conformidade dos atos normativos aos preceitos constitucionais e fiscalizar os demais poderes. A legitimidade e independência judiciais são democráticas, porque decorrem da função de garantia dos direitos fundamentais e da democracia substancial da Constituição. Desta forma, o Poder Judiciário deve promover o desenvolvimento da Constituição, realizando o diálogo entre suas normas e a realidade social, que sempre estão em constante mudança.

O Poder Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais e da Constituição, é o responsável por controlar os outros poderes e garantir que atuem dentro dos limites estabelecidos pelas normas constitucionais. Embora não seja legitimado pelo voto popular, sua legitimidade advém do seu desempenho e do cumprimento da Lei Fundamental, que garante direitos a todos, inclusive contra a vontade da maioria. A proteção desses direitos é, portanto, uma exigência essencial.

A legitimidade e independência do Poder Judiciário decorrem da sua função de garantir os direitos fundamentais, essenciais para a democracia substancial da Constituição. Como

principal e último intérprete da Constituição, o Judiciário deve promover o desenvolvimento do texto constitucional, vez que o sistema constitucional é flexível, permitindo que a definição do significado desses elementos seja feita de acordo com as ideias e expectativas sociais em um determinado momento histórico. Por isso, a função judicial e o papel do juiz como intérprete da Constituição são de extrema importância para a democracia constitucional

A instituição judiciária desempenha um papel crucial na mitigação da crise constitucional e do Estado Social, enfrentando ameaças à ordem jurídica. É necessário que haja consciência sobre a importância desse papel, apesar das resistências dos outros poderes estatais e setores sociais que buscam resultados favoráveis, mesmo que à custa da violação da lei e dos direitos. A democracia precisa de consistência e a preservação da autonomia do Poder Judiciário, que estão intrinsecamente ligadas à garantia dos direitos, à defesa da dignidade humana e à proteção da Constituição.

Neste sentido, revela-se, novamente, a importância do Poder Judiciário, aqui podendo ser representado pela Corte Suprema, como último intérprete da Constituição, pois é ela quem dará a última resposta a um questionamento levado ao crivo do Judiciário. Assim, a utilização de todos os métodos e princípios discorridos anteriormente são fundamentais para que o exercício hermenêutico consubstancie e dê credibilidade à resposta que está sendo proferida. Para além deste cenário, nota-se que toda e qualquer intervenção que se mostre relevante ao tema que está colocado sob o crivo do poder judiciário, que traz consigo certa representatividade de camadas da sociedade e que contribui com uma maior participação destas nas decisões judiciais deve ser acatada e respeitada como substrato que contribui ao mencionado exercício hermenêutico.

Como assevera Paulo Bonavides (2001, p. 36):

Com a democracia participativa, os aspectos políticos e jurídicos se fundem na constitucionalidade como uma simbiose de princípios, regras e valores que tornam o sistema normativo. A autoridade do intérprete é o guia e chave para sua aplicação, mas esse intérprete deve ser legitimado democraticamente como juiz eleito para compor os tribunais constitucionais.

Essa é a essência e o espírito da nova legitimidade, que abraça a Constituição aberta, onde a governança requer a participação da cidadania e a soberania legítima é alcançada através da vontade do povo. As últimas instâncias decisórias devem estar sempre ligadas à emancipação direta da vontade popular. A nova legitimidade baseia-se, portanto, na democracia participativa e em instrumentos ou órgãos de concretização, como a Nova Hermenêutica Constitucional, que é sua coluna mais sólida para a sustentação e efetivação.

Confluindo com a ideia que foi posta, a atuação de um *amicus curiae* em qualquer tema que esteja sendo discutido, principalmente dentro do controle concentrado de

constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, retrata bem a posição que o instituto ocupa como uma personagem que soma nas decisões jurisdicionais, principalmente por trazer argumentos relevantes e enriquecidos de representatividade. Esta atuação só é possível após o surgimento da própria hermenêutica constitucional, ou, nas palavras de Bonavides, “Nova Hermenêutica”, corroborada pela ideia da constituição aberta de intérpretes formulada por Peter Häberle e que será objeto de estudo do próximo tópico.

2.3 A constituição aberta de intérpretes de Peter Häberle

Não há como deixar de iniciar o presente tópico sem contextualizar a vida e a obra deste marco teórico que é de fundamental importância para o estudo que se coloca neste trabalho.

A obra de Peter Häberle é mundialmente conhecida, principalmente por suas contribuições dentro do campo da Hermenêutica Constitucional, no que tange o assunto da interpretação pluralista e procedimental da Constituição. De acordo com o Gilmar Ferreira Mendes (2016, on-line), principal divulgador e entusiasta brasileiro da obra do referido autor, Häberle foi orientado por Konrad Hesse em seu doutorado em Freiburg na Alemanha, sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn.²⁸

A importância do autor ao ordenamento jurídico brasileiro é tão grande que sua doutrina foi objeto de uma homenagem prestada por Gilmar Mendes, que relatou um pouco de sua vida e apontou seus maiores feitos dentro da academia e dentro, também, da democracia.

Sua vida foi dedicada à academia, onde sempre atuou como um professor que se preocupava em fundamentar sua obra no pluralismo, cenário que seria possível a partir da realização, no século XXI, de um novo Estado Constitucional, denominado Estado Constitucional Cooperativo. Toda a sua pesquisa girava em torno de uma teoria constitucional que era detinada a aceitação e tolerância de uns em relação aos direitos fundamentais dos outros, principalmente nas complexas relações sociais (VALE; MENDES, 2010, on-line).

Além disso, suas contribuições foram singulares na transição democrática, principalmente nos países latino-americanos após governos ditatoriais. No Brasil,

²⁸ Ainda de acordo com Gilmar Mendes (2016, on-line), a obra de é vasta e fundamental para o estudo do Direito Constitucional, que pode ser representada pelas principais, qual sejam: “*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1962) (A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn), *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (1970) (Interesse Público como problema jurídico), *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1976) (Jurisdição Constitucional), *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978) (Constituição como Processo Público), *Die Verfassung des Pluralismus* (1980) (A Constituição do pluralismo), *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982) (Teoria da Constituição como ciência da cultura), *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (1988) (O Homem no Estado Constitucional)”.

especificamente, sua pesquisa intitulada *Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição* teve grande aceitação, principalmente na atuação do órgão máximo do Poder Judiciário, o STF (VALE; MENDES, 2010, on-line).

Desta feita, torna-se imprescindível para a continuação do presente trabalho trazer mais informações a respeito desta obra e da linha de pensamento deste autor, que será considerado o principal marco teórico que traçará as bases para o desenvolvimento da noção da forma como se deve agir e conhecer o instituto do *amicus curiae*. Também será investigado de que maneira estas bases teóricas estabelecidas pelo autor foram absorvidas pelo nosso ordenamento jurídico, principalmente pelas legislações que tocam no tema e pela sua utilização em julgamentos dentro do Controle Concentrado de Constitucionalidade.²⁹

De início, cabe destacar que Peter Häberle desenvolve sua obra traçando como base os seguintes pontos: primeiro, a possibilidade de ampliação dos intérpretes da Constituição; segundo, ato interpretativo deva ser entendido com um processo aberto e público; e, por último, o terceiro, haja uma assimilação da Constituição como um fenômeno cultural e que contém referências dos processos interpretativos propostos.

Ressalta-se, também, que Häberle propõe um aperfeiçoamento dos métodos interpretativos. Ao utilizar os quatro métodos básicos de Savigny, o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, já estudados anteriormente, defendeu o surgimento de uma nova forma de interpretação, especial para o direito constitucional. Não se trata de método autônomo, mas de um recurso a ser utilizado que é capaz de estabelecer uma comunicação entre várias constituições com o propósito de descobrir o melhor critério de solução para determinados problemas e, “dessa forma, a força formadora do único tipo de Estado constitucional adquire a mais alta eficácia” (HÄBERLE, 2003, p. 164/165, tradução nossa).

Essa é uma das principais contribuições a qual apresenta sua concepção de diálogo intercultural e intergeracional na interpretação constitucional. Ele argumenta que diferentes culturas, visões de mundo e gerações têm perspectivas distintas sobre a Constituição, e todas devem ser levadas em consideração na busca por uma interpretação mais completa e legítima. Esse diálogo é essencial para evitar a imposição de uma visão única e garantir a adaptação da Constituição às mudanças sociais e históricas. Neste sentido, o autor estabelece a relação entre os conceitos de Estado constitucional e relações internacionais:

²⁹ Para que o estudo não se perca em divagações que pouco somam ao tema que está posto será adotado um recorte que analisará a obra de Peter Häberle enquanto substrato para a ancoragem do *amicus curie*, para que este protagonista pudesse usufruir das ideias que surgiram após o trabalho feito pelo referido autor. Assim seguirá a análise.

Portanto, há uma certa ambivalência no tema “Estado constitucional e relações internacionais”. Por um lado, a possibilidade de cooperação encobre grandes oportunidades e desafios: os elementos constitutivos do Estado constitucional (como os procedimentos democráticos, a independência do poder judiciário, os direitos humanos) podem ser “exportados” para constituir a comunidade dos Estados (por exemplo, atualmente em direção à Europa Oriental ou ao Sudeste Asiático).

[...]

Mas também é possível um “equilíbrio ativo”, no sentido de uma competição entre os Estados em relação aos elementos de seu caráter constitucional que, de forma condicionada, podem ser trocados e transmitidos, em direção a um “modelo” ótimo de Estado constitucional cooperativo (HÄBERLE, 2003, p. 69, tradução nossa).

O estudo de Häberle também destaca a importância dos princípios constitucionais como guias para a interpretação. Ele defende que os intérpretes devem buscar uma harmonização entre os diferentes princípios presentes na Constituição, levando em consideração o contexto específico em que estão sendo aplicados. Além disso, Häberle destaca a necessidade de se reconhecer o caráter normativo dos princípios, e que agem como “filtros” na atividade interpretativa, conferindo-lhes plena efetividade na interpretação constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 43).

A teoria de Häberle também aduz sobre a importância de considerar a dimensão simbólica da Constituição na interpretação constitucional. Para ele, a Constituição não é apenas um conjunto de normas jurídicas, mas também um símbolo que representa a identidade e os valores de uma nação. Portanto, a interpretação constitucional não deve se restringir à análise estritamente jurídica, mas também levar em consideração o contexto cultural, histórico e político em que a Constituição está inserida (HÄBERLE, 2002, p. 58-66).

Indo além, Häberle, teve incisiva contribuição na criação da noção de Constituição aberta de intérpretes como uma resposta aos desafios da interpretação constitucional em um contexto pluralista e dinâmico. Segundo ele, a Constituição é um sistema aberto de normas e princípios que devem ser interpretados em constante diálogo com a sociedade e seus intérpretes. Häberle enfatiza que a interpretação constitucional não deve ser restrita apenas aos tribunais, mas deve envolver uma ampla gama de atores, incluindo cidadãos, legisladores e academia (HÄBERLE, 2002, p. 13-16).

Interessante é a visão de Inocêncio Mártires Coelho (2010, on-line) que traz atenção para um movimento de “viragem hermenêutica radical” iniciado por Häberle:

Nessa ordem de idéias, ele observa que a teoria da interpretação constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação. Por isso, é chegada a hora de uma viragem hermenêutica

radical para que tal interpretação constitucional – que a todos interessa e a todos diz respeito – seja levada a cabo pela e para a sociedade aberta, e não apenas pelos operadores oficiais.

Ainda segundo Mártires Coelho (2010, on-line), em uma sociedade pluralista e democrática, já existe uma abertura para interpretação da Constituição por parte dos agentes políticos em diversas instâncias de decisão. Isso amplia minimamente o grupo de participantes na realização constitucional e garante uma influência social mínima sobre os intérpretes constitucionais. No entanto, é necessário institucionalizar procedimentos que permitam uma maior intervenção de terceiros no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental, para evitar que aqueles que não participam ou ignoram esse processo político possam considerar-se não afetados pelos efeitos legais e ignorar a força normativa da Constituição. Todos os segmentos sociais devem poder participar do jogo interpretativo, a fim de evitar contestações e garantir que a vontade constitucional seja adequadamente revelada e respeitada.

Assim, a obra de Häberle aponta para a importância da participação cidadã na interpretação constitucional. Para ele, a sociedade civil desempenha um papel crucial na formação do sentido e significado da Constituição e os cidadãos devem ser vistos como intérpretes ativos, capazes de contribuir para o processo de democratização da interpretação constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 13-14). Dessa forma, a interpretação constitucional se torna um empreendimento coletivo, baseada na deliberação democrática e no respeito à diversidade de opiniões.

Outro aspecto importante da teoria de Häberle é a necessidade de levar em consideração as transformações sociais e históricas na interpretação constitucional. Ele argumenta que a Constituição deve ser interpretada à luz dos desafios e demandas da sociedade contemporânea³⁰, garantindo sua contínua relevância e capacidade de resposta. Isso implica reconhecer que a interpretação constitucional não é um processo estático, mas sim um diálogo contínuo entre o texto constitucional e a realidade em que está inserido. Nesse contexto, as normas jurídicas são construídas de forma ampla através de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, com o objetivo de permitir que o juiz, ao aplicar o direito, considere as diferentes vozes sociais presentes na sociedade contemporânea.

Aqui se encontram as justificativas que contemplam o motivo pelo qual se preferiu optar por um recorte na atuação do instituto do *amicus curiae* apenas dentro do controle concentrado

³⁰ No estudo introdutório feito dentro da obra “El Estado constitucional” por Diego Valadés (2003, p. LXI) o autor aponta que: “Uma prova do processo expansivo dos direitos fundamentais no tempo é oferecida por Häberle ao examinar a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, e nos casos mencionados. Um exemplo muito sugestivo é o da eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais. A natureza da sociedade contemporânea apresenta novos desafios ao conceito tradicional de estado de direito” (tradução nossa).

e abstrato de constitucionalidade brasileiro, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, visto que os desafios e demandas da sociedade contemporânea, ainda que possam ser discutidas no controle difuso ou incidental, são, em grau mais acentuado, discutidas naquele âmbito, principalmente por oportunizarem uma reflexão maior em questões que versam sobre a concretização e efetivação dos direitos decorrentes da cidadania.

A sociedade contemporânea é caracterizada por uma diversidade de culturas, o que impossibilita uma interpretação restrita do texto legal ao lidar com questões que vão além dos limites processuais das partes envolvidas. No caso do controle abstrato de constitucionalidade, em que não há partes e possui natureza objetiva, essas questões transcendem o interesse dos indivíduos legitimados para propor tais ações de controle.

Afunilando o estudo, a principal relação da obra elaborada por Häberle com a atuação do *amicus curiae* como um dos intérpretes da constituição está justamente na ideia de que a abertura da Constituição para que seja interpretada por outros personagens contempla a atuação deste instituto visto que ele possui um caráter representativo de porção da sociedade. Assim, para a instituição do *amicus curiae* no Brasil, o autor teve importantíssima contribuição, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes (2016, on-line):

São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle. Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional. No âmbito legislativo, a Lei nº 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição. A propósito, ressalta-se que a participação dos *amici curiae* é hoje admitida não apenas no controle abstrato de constitucionalidade, mas também no âmbito do controle incidental, perante os Tribunais de Justiça. Já no âmbito jurisprudencial, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle para o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional brasileira.

Por fim, o estudo da Constituição aberta de intérpretes tem implicações práticas na forma como as decisões judiciais são fundamentadas. Häberle defende que os tribunais devem justificar suas interpretações constitucionais de forma transparente, levando em consideração os diferentes argumentos apresentados pelas partes e aprofundando a fundamentação jurídica. Essa abordagem busca fortalecer a legitimidade e a transparência do processo decisório, permitindo um maior escrutínio público e contribuindo para a construção de uma jurisprudência mais sólida e coerente.

Em suma, Peter Häberle destaca a importância do diálogo, da participação cidadã, da

adaptação às transformações sociais, da dimensão simbólica e da fundamentação transparente na interpretação constitucional. Esses elementos enriquecem a hermenêutica constitucional e buscam garantir uma interpretação mais pluralista, legítima e efetiva das normas constitucionais que, como consequência final, irá impactar na efetivação dos direitos decorrentes da cidadania.

Portanto, o arcabouço teórico-conceitual foi estabelecido até aqui para que se tenha um entendimento mais claro sobre a hermenêutica constitucional e sobre sua inserção no contexto deste trabalho. Também foi desenvolvida uma análise atenta da teoria desenvolvida por Peter Häberle sobre a Constituição aberta de intérpretes. Tais elementos se mostrarão como peças indispensáveis para a continuação da do estudo do presente trabalho.

3 O *AMICUS CURIAE*

Inicia-se, aqui, um estudo mais atento do protagonista da presente pesquisa que é o instituto do *amicus curiae*. Assim, na sequência, serão analisadas, mais especificamente, a sua origem, a forma como o instituto foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, particularmente dentro do controle concentrado de constitucionalidade, e a sua atuação sob a perspectiva da ideia de que ele serve como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania. Como *amicus curiae* é uma expressão latina, cabem, antes que sejam apresentadas as questões materiais, algumas observações e apontamentos sobre a etimologia, pronúncia e significado da expressão.

De acordo com Henry Campbell Black (1968, p. 107) há mais de uma variação para a expressão “*amicus curiae*”, podendo ser representada, também, pelas expressões “*amicus juris*” e “*amicus curie*”. Ainda atrelado à terminologia, ressalta-se que o final da segunda palavra, “*ae*”, é pronunciado “é” e a forma plural de *amicus curiae* é “*amici curiae*” (ALMEIDA, 2000, p. 29).

O Professor Cássio Scarpinella Bueno (2012, p. 45-46) aponta que, no Brasil, a expressão mais utilizada pela doutrina é, de fato, *amicus curiae*, adotando-se recorrentemente a sua variação em número, *amici curiae*. A tradução literal é “amigos da corte”, entretanto há outras traduções. De acordo com o “Dicionário escolar latino-português”, de organização por Ernesto Faria (1962, p. 269), a melhor tradução para a palavra *amicus* é “amigo” e, a palavra *curiae*, possui diversas significações, como “divisão do povo romano, de ordem política e religiosa”, “templo em que se reunia o povo romano para celebrar cultos”, “sala onde se reunia o Senado”, e “sala das sessões (de qualquer assembleia)”.

O professor, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 307), aponta para dois erros de concordância nas variações de gênero e número da expressão e que precisam ser evitadas. Segundo o autor, “quando a função for exercida por uma mulher, dir-se-á igualmente *amicus curiae* e não *amica curiae*” e, como já fora revelado acima, “o plural de *amicus curiae* é *amici curiae*, mas essa expressão não é usual. É errado dizer dois *amicus curiae*”.

Assim, passados por alguns aspectos formais da expressão, busca-se analisar, mais particularizadamente, o instituo em relação ao seu início, à sua aparição e funcionamento dentro do ordenamento jurídico brasileiro e de que forma o *amicus curiae* pode se apresentar como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania.

3.1 O início do *amicus curiae*

De acordo com a doutrina estudiosa do instituto, o início do *amicus curiae* é bastante controvertida. Entretanto, há uma ideia geral de que suas bases foram lançadas no direito romano e que foram sendo desenvolvidas e modificadas durante desenvolvimento das sociedades europeias, com maior ênfase a inglesa, chegando ao ápice de desenvolvimento e maior recorrência de atuação na sociedade norte-americana.

A autora italiana Elisabetta Silvestri (1997, p. 680) aponta que a origem do *amicus curiae* pode ser encontrada no direito penal inglês medieval, mais especificamente, no direito inglês. O apontamento pode ser confirmado pelo estudo de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá (2022, p. 25-27), que aduz para a ideia de que as origens do instituto remontam ao mencionado direito inglês medieval, uma vez que sua previsão já estava presente nos chamados *Year Books* dos séculos XIV a XVI. A confirmação se dá pela referência a um caso ocorrido durante o reinado de Henrique VI, que foi registrado um litígio relacionado à definição de um débito específico e à condenação do devedor, e que o tribunal permitiu a participação de um especialista com o objetivo de corrigir erros no cálculo do valor devido.

Em desacordo com a citada autora, Giovanni Criscuoli (1973, p. 198) reconhece a dificuldade de afirmar, do ponto de vista histórico, se o *amicus curiae* é uma figura tipicamente anglo-saxônica ou se derivou de outra figura semelhante existente no direito continental. No entanto, ele parece, também, discordar das origens romanas do instituto. O autor considera como única hipótese plausível de sustentar sua origem romana é a possibilidade de derivação da figura do *consiliarius*, um auxiliar do juízo que atuava individualmente como *iuris peritus* ou como membro do *consilium*, um órgão colegiado composto por vários *consiliarius*.³¹

Assim, é possível traçar um paralelo entre a atuação do *amicus curiae* e do *consiliarius* e destacar o elemento distintivo crucial, visto que, enquanto a atuação deste último estava condicionada à convocação expressa do magistrado, a participação do *amicus*, no antigo direito inglês, sempre pôde ocorrer de forma voluntária no âmbito da jurisdição, com o propósito de contribuir para o processo em prol da justiça, ainda que ocasionalmente fornecesse elementos úteis para a vitória de uma das partes envolvidas na relação processual e desde que essa interpretação estivesse em conformidade com suas próprias convicções (BUENO, 2012, p.

³¹Durante o período do direito romano, o *consiliarius*, seja atuando individualmente ou no *consilium*, auxiliava o magistrado fornecendo informações para complementar seu conhecimento jurídico sobre a questão em análise. A atuação do *consilium* dependia da convocação do magistrado e a contribuição do interveniente era prestada de acordo com seu livre convencimento, ou seja, de forma neutra, seguindo os princípios gerais do direito.

113).

Entretanto, pode ser evidenciada certa semelhança entre os dois institutos, que se coloca quando o magistrado convoca expressamente o *amicus* para intervir no processo, com o objetivo de desempenhar funções predominantemente periciais. Dessa forma, a presença espontânea do *amicus curiae* perante o tribunal o diferencia do instituto romano do *consiliarius*, aproximando-o das características que tiveram origem na sociedade inglesa (CRISCUOLI, 1973, p. 198).

Reforçando esta perspectiva, Cássio Scarpinella Bueno (2012, p. 113) afirma categoricamente que a única conclusão a ser tirada é que “se é possível estabelecer um paralelo entre o *amicus curiae* do direito inglês e o *consilium* continental, e esse paralelo não tem nenhuma justificativa em relação à modalidade de intervenção espontânea do *amicus curiae*.” Segundo o autor, essa conclusão se restringiria aos casos em que o *amicus* é chamado pelo próprio magistrado.

Assim, esta característica de aparição espontânea do instituto dentro do processo é uma configuração tipicamente inglesa, limitando-se ao território britânico e sem influenciar o restante do continente europeu.³²

Agora, levando-se em consideração as controvérsias sobre a origem do instituto, passa-se a abordar o *amicus curiae* dentro dos sistemas de *common law* inglês e americano, neste último, principalmente, dentro do constitucionalismo, com o objetivo de angariar visões que possam contribuir para o entendimento das suas formas de atuação.

Durante o antigo direito inglês, sua atuação tinha como objetivo garantir o devido processo legal, especialmente para os acusados de infrações criminais graves que não tinham direito à defesa técnica. O *amicus curiae* podia intervir espontaneamente no processo, sem necessidade de solicitação da corte, mas estava completamente vedado de atuar contra o réu em processos penais. Assim, as primeiras manifestações do instituto foram marcadas pela ampla liberdade dos tribunais em permitir a participação do *amicus* e definir a extensão de sua atuação no caso concreto. O sistema adversarial do *common law* contribuiu para o desenvolvimento do instituto, uma vez que os litigantes tinham ampla liberdade para conduzir o processo conforme suas estratégias e vontades, sem interferência ou participação de terceiros. A figura do *amicus curiae* passou a ganhar mais importância à medida que se reconhecia sua capacidade de auxiliar a corte na solução de questões que excediam seu conhecimento (BUENO, 2012, p. 115).

De acordo com Ernest Angell (1967, p. 1.017), historicamente, o *amicus curiae* surgiu

³²Criscuoli (1973, p. 200) aponta que isso, possivelmente, se deva à compreensão restrita do direito de defesa característico do antigo direito inglês, que não admitia, em certos casos, a atuação do que hoje seria chamado de "advogado dativo", nomeado pelo magistrado, e, ao longo do desenvolvimento do *amicus* na Inglaterra, pela força que os precedentes assumem no direito inglês.

como um auxílio ao tribunal para esclarecer questões de direito e fato, sem demonstrar qualquer interesse próprio na intervenção. No entanto, sua evolução permitiu que também desempenhasse um papel como instrumento disponível a terceiros para se protegerem de intenções fraudulentas das partes litigantes. Assim, o *amicus curiae* se desenvolveu em um sistema jurídico inicialmente resistente à interferência de terceiros, onde as partes tinham ampla autonomia. Ocorreu que o *amicus curiae* passou a ter uma maior possibilidade de intervenção no sistema *common law* inglês, motivada pela busca de maior segurança jurídica e reconhecendo que as questões discutidas nos processos muitas vezes extrapolavam os interesses privados das partes.³³

Esse avanço representou um progresso significativo para o sistema de adversarialidade, pois ampliou a defesa de interesses diferentes daqueles exclusivos das partes litigantes, permitindo um diálogo efetivo com os destinatários diretos ou indiretos das decisões judiciais. Assim, o *amicus curiae* se tornou um importante instrumento de abertura do sistema jurídico do *common law*, contribuindo de diversas maneiras para o tribunal, desde uma atuação meramente informativa e desinteressada até a defesa de interesses alheios aos das partes envolvidas (KRISLOV, 1963, p. 697).

Atualmente, no direito inglês, sua intervenção é restrita principalmente à manifestação do *Attorney General*³⁴, que intervém em nome da Coroa britânica ou para garantir interesses públicos, fornecendo informações qualificadas sobre questões específicas. Em resumo, no atual ordenamento jurídico inglês, o *amicus curiae* tem como principal objetivo auxiliar a corte com informações relevantes, aproximando o julgamento de um ideal de justiça.

De acordo com que traz Damares Medina (2008, p. 52), a partir da experiência inglesa, o instituto do *amicus curiae* foi absorvido, se desenvolveu, foi flexibilizado e alcançou sua maturidade técnica no sistema jurídico norte-americano. No contexto do sistema federativo dos Estados Unidos, a autora ressalta que:

[...]o número de disputas envolvendo interesses privados que acabariam por fixar os contornos de interpretações constitucionais, cujos limites seriam decisivos para a solução de diversas controvérsias, chamou atenção para a necessidade de abertura procedimental. Disputas individuais acabavam por fixar os limites do próprio sistema

³³ De acordo com Samuel Krislov (1963, p. 695), no direito inglês, a principal função do *amicus curiae* era trazer precedentes jurisprudenciais desconhecidos pelos juízes da corte, identificando tais precedentes em cada caso específico, analisando sua razão de decidir e sua evolução. Sua intervenção visava salvaguardar o prestígio da corte inglesa, evitando a prolação de sentenças equivocadas. A atuação do *amicus curiae* se dava por meio da elaboração de parecer jurídico, indicando precedentes aplicáveis ao caso e mencionando outras questões jurídicas e fáticas relevantes para a solução da disputa, sempre mantendo sua neutralidade.

³⁴ Na observação de Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 115), *Attorney General* seria o cargo ocupado pelo equivalente ao Procurador-Geral da República ou, até mesmo, pelo Advogado Geral da União e que atuaria na defesa dos interesses públicos e da Coroa Inglesa.

federativo. Portanto, onde não era possível a intervenção de terceiros, o *amicus curiae* surge como uma ferramenta versátil para que demais interesses, em especial dos entes públicos, pudessem fazer-se presentes (MEDINA, 2008, p. 52).

Antes de ser formalmente reconhecido nos Estados Unidos, a participação de terceiros na Suprema Corte era permitida por meio da apresentação de memoriais.³⁵ Posteriormente, ocorreram alguns casos que foram trazendo maiores detalhes e maiores evidências quanto a atuação do instituto naquele ordenamento jurídico. O caso *Kippeendorf vs. Hyde*, em 1884, é reconhecido por estabelecer o poder inerente da Corte Suprema de conduzir o processo. No entanto, a entrega de memoriais era regida por regras informais comunicadas às partes, que foram codificadas apenas anos depois (KRISLOV, 1963, p. 697).

Ainda de acordo com Damares Medina (2008, p. 34), foi no caso *Coxe vs. Phillips*, em 1736, que o instituto do *amicus curiae* teve sua primeira atuação em defesa exclusiva de interesses de terceiros na Inglaterra, mas foi nos Estados Unidos que o *amicus curiae* passou por uma transição definitiva de uma figura neutra para uma advocacia participativa, devido ao complexo sistema federativo e ao aumento dos conflitos de interesses entre estados e federação.

Deste modo, a intervenção do *amicus curiae*, que inicialmente era restrita a casos de interesse público, passou a abranger também interesses privados, permitindo a representação adequada desses interesses. De acordo com Rafael Dilly Patrus (2013, on-line), o famoso caso *Müller vs. Oregon*³⁶, em 1907, foi responsável por uma mudança significativa na formulação e função dos pareceres do *amicus curiae*, ao apresentar argumentos com base em elementos externos ao ordenamento jurídico e à jurisprudência norte-americana. Desde então, o uso do *amicus curiae* se disseminou nos Estados Unidos, com a apresentação de pareceres assinados por cientistas sociais, políticos, juristas, médicos, entre outros.

A evolução desse instituto se baseou não apenas na proteção de interesses coletivos públicos, mas também na defesa de diversos interesses que não estavam adequadamente representados pelas partes envolvidas no processo. Assim, o uso do *amicus curiae* nos Estados Unidos aumentou consideravelmente, mas diminuiu a neutralidade de sua atuação, com casos crescentes em que ele defende os interesses de uma das partes ou seus próprios interesses

³⁵ De acordo com Krislov (1963, p. 698), o caso *The Exchange vs. McFadden*, em 1812, é apontado como a primeira aparição de uma espécie de *amicus* nos Estados Unidos, mas é um mero apontamento, pois não há certeza quanto ao primeiro caso ocorrido de aparição do instituto no país.

³⁶ O caso em questão tratava da análise da constitucionalidade de uma lei estadual do Oregon que estabelecia um limite máximo de dez horas diárias de trabalho para mulheres em certos setores. Naquela época, a Suprema Corte já havia estabelecido uma jurisprudência consolidada de que leis que regulamentavam a jornada de trabalho eram incompatíveis com a Constituição, pois violavam a liberdade contratual. No entanto, no caso *Müller vs. Oregon*, a Corte, sem romper com os precedentes anteriores, decidiu que era possível regular de forma especial as horas de trabalho para as trabalhadoras femininas, devido a questões de saúde e às diferenças entre os sexos (PATRUS, 2013, on-line).

(BUENO, 2012, p. 115-120).

Indo além, nos Estados Unidos, a prática do controle de constitucionalidade difuso permitiu que os contornos constitucionais fossem moldados por demandas privadas, levando à necessidade de terceiros opinarem sobre os casos. Assim, surgiu a ideia de que há uma evidente distinção entre *amici* privados e governamentais, sendo que estes últimos possuem maior poder processual.³⁷ Enquanto os *amici* privados buscam proteger seus próprios interesses, os *amici* governamentais atuam em prol do interesse público, o que, de certa maneira, se alinha ao princípio da separação dos poderes (KRISLOV, 1963, p. 697-704).

Assim, a quantidade de intervenções aumentou consideravelmente, levando a Suprema Corte Americana a promulgar a *Rule 27*, em 1938, para regular o instituto. Com o passar do tempo e a expansão ainda maior dessa figura, inclusive com a inclusão de *amici* governamentais, foram criadas outras regulamentações. Recentemente, houve uma reação à expansão dos *amici* litigantes, que buscam defender interesses próprios em vez de interesses neutros ou públicos. A Suprema Corte dos Estados Unidos regulamentou o *amicus curiae* por meio de suas regras internas, estabelecendo critérios para sua intervenção através da *Rule 37 – Brief for an amicus curiae*. De acordo com esse regime, explica Olívia Ferreira Razaboni (2009, on-line, p. 28) que:

[...] com a atual redação da *Rule 37*, a importância do papel desempenhado pelo *amicus curiae* reside no fato de que ele pode trazer ao conhecimento da corte novas considerações ou novas questões não suficientemente discutidas pelas partes. Nesse sentido, caso não demonstre que colaborará, de fato, para o enriquecimento da discussão da matéria posta a julgamento, seu requerimento de intervenção não será aceito. Com isso, pretende a corte que o *amicus* seja um efetivo elemento de colaboração na formação do convencimento dos julgadores, bem como um mecanismo hábil a “oxigenar” o processo, evitando-se que venha apenas a comprometer a celeridade processual.

Explorando um pouco mais as novas características de atuação do instituto dentro do contexto norte-americano, Cássio Scarpinella Bueno (2012, p. 143) aponta que:

A evolução da figura nos Estados Unidos tem o condão de demonstrar, entretanto, que a figura “neutra” e “imparcial” do *amicus* passou a se transformar, em alguma medida, em uma figura “interessada” e “parcial”, que busca sua intervenção em juízo muito mais para a tutela de direitos seus do que, propriamente, para cumprimento daquele

³⁷ Conforme as lições de Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 118), a diferenciação é relevante porque os *amici* governamentais possuem maiores poderes para atuação processual, abrangendo praticamente todas as possibilidades reconhecidas às partes em um processo. Por outro lado, os *amici* privados possuem poderes processuais mais limitados, com o objetivo de não romper com as categorias processuais das partes e as modalidades de intervenção de terceiros no sistema jurídico norte-americano. A doutrina americana sugere que, pelo menos teoricamente, esse deveria ser o cenário ideal.

papel, que, do ponto de vista histórico, estava reservado a ele. De um *amicus* “neutro” passou-se a um *amicus* “litigante”.

Atualmente, nos Estados Unidos, o *amicus curiae* desempenha seu papel exclusivamente nas Supremas Cortes e tribunais de apelação, assim, sua atuação abrange uma ampla variedade de situações, desde que um terceiro tenha interesse no desfecho de um caso. Assim, o *amicus curiae* tem permissão para participar em qualquer tipo de caso, independentemente da transcendência social da questão debatida, embora seja mais comum a sua intervenção em casos de relevância social. Isso ocorre devido à falta de uma disciplina semelhante à intervenção de terceiros nos sistemas de origem romano-germânica. Portanto, o *amicus curiae* desempenha o papel desse terceiro especial sempre que o julgamento possa afetá-lo de alguma forma, semelhante à assistência no sistema jurídico brasileiro. Assim, somente a relevância social da matéria justifica e autoriza a participação desse terceiro especial.

Do que fora exposto, em síntese, o início do *amicus curiae* é bastante controvertido, todavia é cediço que seu surgimento ocorreu como um desdobramento da figura do *consiliarius*, no direito romano, ou dentro do direito medieval inglês. Certeza é que a figura se desenvolveu dentro do *Common Law* e lá constituiu uma de suas principais características, que é a espontaneidade na sua intervenção, podendo atuar na defesa de interesses próprios ou na defesa de interesses de uma das partes. Essa ideia de atuação foi abraçada pelo ordenamento jurídico norte-americano e lá foram desenvolvidos novos ditames e regras a respeito do instituto, visto que a sua aparição começou a ter maior intensidade, principalmente, pela aparição de uma nova característica, qual seja, a de atuação em demandas de grande relevância social e na defesa dos interesses públicos.

O instituto, atualmente, possui atuação nos mais variados ordenamentos jurídicos e possui referências tanto em países de predominância do *Common Law*, como Austrália e Canadá, como em países do *Civil Law*, como a Itália, a França e a Argentina. Destaca-se, também, que o *amicus* já atuou em Cortes Internacionais e ordenamentos supranacionais, com estipulações expressas em acordos e tratados internacionais que regulamentam sua atuação (RAZABONI, 2009, on-line, p. 33-41).

Entretanto, para o fim que se objetiva o presente trabalho, o estudo restringir-se-á a atuação da figura do *amicus curiae* que se desenvolveu e tomou a forma de um agente influenciador nas decisões dos julgamentos dentro das perspectivas já abordadas, principalmente dentro do constitucionalismo norte-americano. Foi neste sistema que se consolidaram os aspectos mais importantes do instituto e que influenciaram o modo como o instituto foi absorvido para ter suas primeiras aparições no ordenamento jurídico brasileiro e

que será melhor analisado a seguir.

3.2 A aparição do *Amicus Curiae* no ordenamento jurídico brasileiro

Estabelecido o contato com o início do *amicus curiae*, suas principais características iniciais e seu desenvolvimento, principalmente, dentro da sistemática do *Common Law* e do constitucionalismo norte-americano, passa-se a estudar de que maneira houve a aparição desta figura no ordenamento jurídico brasileiro, visto que se faz necessário entender a fundo a potencial força que o permite atuar como uma ferramenta da hermenêutica constitucional na efetivação de direitos decorrentes da cidadania. Assim, aborda-se-ão alguns dispositivos contidos em leis nacionais que apontam para a possibilidade de atuação na qualidade de *amicus curie* com uma posterior análise das características comuns destas atuações.

De início, ressalta-se que a aparição expressa em algum texto normativo do ordenamento jurídico brasileiro só ocorreu quando houve a publicação da Resolução nº 390 do Conselho da Justiça Federal que, em seu artigo 23, § 1º, em 2004, que dispõe sobre o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.³⁸ Entretanto, a ideia de atuação do *amicus curiae* e a forma como ela ocorre já vinham sendo admitidas por meio de outros dispositivos legais que, apesar de não se utilizarem especificamente da expressão latina, faziam clara referência ao instituto.

Desta maneira, abordar-se-ão algumas destas disposições, com o fito de apontar de que maneira ocorreram os primeiros movimentos para a aceitação da atuação da figura do *amicus curiae* e como foram disciplinadas estas condutas. Friza-se que não há a intenção de serem esgotadas todas as aparições, mas sim o apontamento daquelas que importam ao presente estudo, com uma investigação mais permenorizada daquelas se inserem no contexto do controle concentrado de constitucionalidade, que será feita em tópico próprio.

De acordo com Antonio do Passo de Cabral (2003, on-line, p. 115-116), há na jurisprudência e na doutrina a informação de que a primeira previsão da possibilidade de intervenção de uma *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu dentro da redação dada pela Lei 6.616 de 1978 ao artigo 31 da Lei nº 6.385 de 1976, que possibilitou a atuação da

³⁸ Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1.º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais etc., na função de “amicus curiae”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.

Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em julgamentos que fossem de sua alçada tecer apontamentos técnicos sobre alguma questão envolvendo suas atribuições fiscalizadoras. Nota-se que não há menção expressa à expressão latina que dá nome ao instituto:

Art. 31 – Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1.º A intimação far-se-á logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2.º Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expediente forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3.º À Comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem.

§ 4.º O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato àquele em que findar o das partes (BRASIL, 1986, on-line).

Mesmo assim, ainda segundo Cabral (2003, on-line, p. 115), quem expressou o entendimento que a referida norma fazia alusão ao instituto do *amicus curiae* foi o STF, em despacho dentro do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130 MC, de Santa Catarina, por meio do voto do então Ministro Relator Celso de Mello, que evidenciou o seguinte entendimento:

É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do *amicus curiae* já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei nº 6.385, de 07.12.76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivo, nos quais se discutam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal (MELLO *in* STF, 2000, on-line).

Nesse contexto, no entendimento de Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 270-271), a atuação da CVM assemelha-se à atuação do Ministério Público como *custos legis*, pois a manifestação da autarquia deve ser neutra, sem tomar partido pelo autor ou pelo réu. A contribuição apresentada pela CVM, no caso a que se refere o aludido dispositivo, visa auxiliar o juízo na compreensão da disputa, o que contribui de maneira positiva para o julgamento. Assim, a CVM, ao atuar como *amicus curiae*, não possui nenhum interesse jurídico na hipótese de atuação, o que dificulta a aparição de algum interesse subjetivo envolvido no processo e que possa ser influenciado por interesses próprios da Comissão. Portanto, a intervenção da CVM não traz nenhum acréscimo que beneficiaria algumas das partes, mais sim ajudaria estritamente o resultado do processo, uma vez que não busca satisfazer nenhuma pretensão própria perante

o tribunal.

Cabe, também, ser apresentada a disposição, contida no artigo 49 da Lei 8.906 de 1994, que aponta para a possibilidade de atuação como *amicus* da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Segue o dispositivo:

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB (BRASIL, 1994, on-line).

Aqui, tem-se o termo “assistente” para designar uma função, neste caso, à OAB que, em uma análise atenta, configurar-se-á como uma possível personagem que atuará na qualidade de *amicus curiae*. Em relação a essa atuação específica da OAB, Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 326) aponta que a intervenção como *amicus curiae* não exclui outras situações em que ela atua em nome próprio, mas, como é de difícil suposição que haja algum processo que a OAB possua algum interesse próprio em casos envolvendo advogados inscritos, o que afastaria a ideia de atuação como *amicus*, não há outra possibilidade senão a da real atuação nesta qualidade. Infere-se, do citado artigo 49, que a OAB atua em benefício da defesa das prerrogativas profissionais da categoria dos advogados e, em seu papel, visa beneficiar a coletividade daqueles que representa, com respaldo e em respeito ao artigo 133 da Constituição Federal de 1988, que reconhece a advocacia como função essencial à Justiça.³⁹

Outra ocasião que remonta uma situação de possibilidade de atuação na qualidade de *amicus curie* é colocada pela análise conjunta das disposições contidas nos artigos 57, 118 e 175 da Lei nº 9.279 de 1996. Esta análise prevê a possibilidade de atuação Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) como um verdadeiro *amicus*. Trazem os dispositivos:

Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

§ 1º O prazo para resposta do réu titular da patente será de 60 (sessenta) dias.

§ 2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros.

[...]

Art. 118. Aplicam-se à ação de nulidade de registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 56 e 57.

[...]

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito (BRASIL, 1996, on-line).

³⁹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (BRASIL, 1996, on-line).

No entanto, o autor Del Prá (2022, p. 66) aponta que há discussões doutrinárias acerca da atuação do INPI contida nos dispositivos, visto que há correntes que afirmam não se tratar de *amicus curiae*. Já Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 287-295), que aprofunda suas análises em cada artigo, é certo em dizer que o Instituto atua na qualidade de *amicus curiae*, visto que, quando não atua como parte no processo, resta somente a alternativa de que a atuação seja em prol apenas da tutela do direito sob discussão no processo, “e que não dizem respeito, específica e individualmente, às partes envolvidas em um litígio concreto”.

Por último, nesta análise fora do contexto do controle concentrado de constitucionalidade, colocada dentro da Lei nº 12.529 de 2011, que permite que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) atue como *amicus curiae* nos processos judiciais em que a aplicação de qualquer dispositivo da Lei 8.884 de 1994 esteja em debate. A disposição traz que: “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente” (BRASIL, 1994, on-line). Aqui, novamente, se está diante do termo “assistente” e que merece especial atenção para que seja entendido da melhor maneira.

Em acertado apontamento, Del Prá (2022, p. 64) evidencia que a possibilidade de atuação do Conselho na hipótese abordada possibilitada pelo dispositivo visa assegurar a livre concorrência por meio de um “policiamento da atividade econômica”. Indo além, o autor questiona:

Ora, a assistência é a espécie típica de intervenção voluntária, na qual o terceiro verifica o interesse na participação em determinada demanda, seja pela decisão, seja pela fundamentação, e nela intervém em busca de algum benefício em sua esfera jurídica. Como conciliar a obrigatória demonstração de interesse do assistente com a necessidade de aguardar a provocação das partes ou do juiz para defendê-lo em juízo?

Nota-se do questionamento, que o autor busca evidenciar o significado da expressão “assistência” no caso previsto, vez que quando se analisava atuação de assistentes propriamente ditos, principalmente no âmbito do antigo Código de Processo Civil⁴⁰, esta análise ocorria em uma perspectiva diferente. A assistência propriamente dita requer que o terceiro demonstre um

⁴⁰ Ainda que já esteja estabelecido um Novo Código de Processo Civil, a análise feita faz-se necessária para complementar e diferenciar os entendimentos do termo “assistente” utilizados em diferentes ocasiões. Neste estudo, o que estava em análise eram as disposições contidas na Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, antigo Código de Processo Civil, mais especificamente a seguinte disposição: “Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra” (BRASIL, 1973, on-line).

interesse jurídico específico no processo, que não deve ser confundido com interesses morais, econômicos ou de qualquer outra natureza. Assim, o assistente deseja que uma das partes seja vitoriosa na ação e, assim, seu ingresso é justificado para que sua própria esfera jurídica também seja afetada de alguma forma. Isso difere dos casos em que o CADE entra no processo para defender interesses institucionais (RAZABONI, 2009, on-line, p. 55).

Portanto, o CADE, em atuações que podem configurar como *amicus curiae*, busca proteger interesses institucionais que transcendem a esfera patrimonial e são difusos na sociedade e, de acordo com Bueno (2012, p. 324), o ingresso do CADE não é baseado no mesmo tipo de “interesse jurídico” que um assistente propriamente dito precisa demonstrar para participar de um processo em andamento. Isso ocorre porque o objetivo da intervenção do assistente, nessas situações, é proteger, mesmo que de forma indireta, um direito subjetivo próprio, ou seja, um direito que diz respeito à sua própria esfera jurídica.

Das hipóteses de atuação como *amicus curiae* mencionadas até aqui, cabem serem tecidas algumas considerações. Primeiro, há uma fundamental característica comum entre a CVM, a OAB, o INPI e o CADE em atuações que possibilitam sua caracterização como *amicus*, que é o poder de polícia que exercem dentro de suas atribuições. Segundo, ainda que possam intervir em benefício de uma das partes ou, até mesmo, em benefício próprio, há a possibilidade de que esta atuação não esteja vinculada a nenhum interesse subjetivo, qualidade que, como foi visto, é bastante presente para a atuação como *amicus* nas ocasiões abarcadas pelos dispositivos mencionados. E, terceiro, de que há em algumas das disposições trazidas a noção de obrigatoriedade da participação, principalmente nos casos envolvendo o INPI, visto que a expressão “intervirá no feito”, contida no art. 57 da Lei nº 9.279/96, contribui com esta noção.

Portanto, conclui-se que as hipóteses criadas, até então, pela legislação brasileira de intervenção como “amigos da corte” pelos personagens citados tiveram o intuito de auxiliar os julgadores em demandas que possuem propriedade para tecer apontamentos, ou seja, que visam garantir que a decisão proferida em determinado assunto tenha amparo em argumentos técnicos confiáveis.

Nota-se, do que foi exposto até aqui, que uma das principais características daqueles que pretendem exercer uma atuação na qualidade de *amicus curiae* é que esta atuação é advinda do direito de participação junto a um processo, visto que não há pretensão de sair com uma vitória ou afastar-se da derrota dentro dele, mas, sim, tão somente, exercer uma função não agregadora ou compositiva por parte daquele que irá atuar naquela qualidade. Neste sentido:

O *amicus curiae*, uma vez admitida sua manifestação, não se agrega à relação processual, porque seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no

processo. Não há interesse em integrar a relação processual, vez que o título executivo que porventura seja formado não incluirá o amigo da corte, pelo que, neste particular, seu interesse é reflexo ou mediato (CABRAL, 2003, on-line, p. 119).

Insta ressaltar que houve um aprimoramento do entendimento sobre a necessidade de exigir características que permitem o ingresso de *amici* em outros julgamentos e que não necessariamente são as de possuir poder de polícia sobre determinada demanda ou de que não deveria defender interesses de uma das partes ou interesses próprios.

Existem, atualmente, outros exemplos⁴¹ na legislação brasileira que abordam figuras com características similares, mas que vão além, sendo a mais recente o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que introduziu, em termos originais, a expressão *amicus curiae* como uma forma de intervenção de terceiros. As disposições trazem que:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, 2015, on-line)

Desta maneira, as disposições contidas no CPC/15 refletem um entendimento que veio, principalmente, com o desenvolvimento da jurisdição constitucional e com a noção da abertura da interpretação constitucional que teve grande influência da obra do autor, já estudado, Peter Häberle. Este entendimento foi consolidado com a promulgação das Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999, que trouxeram, também, disposições de que é possível a participação na qualidade de *amicus curiae* de órgãos e entidades, desde que estas possuíssem representatividade para discutir demandas, a depender do seu grau de relevância da matéria.

Como o presente trabalho possui uma restrição temática, que é a atuação dos *amici curiae* dentro do controle concentrado de constitucionalidade, passa-se, então, ao afastamento

⁴¹ Outra inclusão do *amicus curiae* ocorreu por meio de legislação específica, a Lei 9.784 de 99, que trata do Processo Administrativo, também contemplou de forma genérica a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* (BRASIL, 1999, on-line). Outra menção pode ser feita em relação ao artigo 14, incluindo seu *caput* e o § 7º, da Lei 10.259 de 2001, que estabeleceu a participação do *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais. O dispositivo mencionado trata da permissão de "consulta a 'terceiros' nos incidentes de edição de súmula vinculante, de averiguação, de repercussão geral nos recursos extraordinários e de julgamentos de recursos especiais repetitivos"(BRASIL, 2001, on-line).

deste viés não constitucional propriamente dito, para que sejam analisadas com mais empenho as situações que ocorrem dentro do controle concentrado de constitucionalidade e que são atinentes ao recorte proposto.

3.3 O *Amicus Curiae* dentro do controle concentrado de constitucionalidade

Antes que se inicie um estudo mais aprofundado sobre a atuação dos *amici curiae* dentro do controle concretado de constitucionalidade, cabe ser feita uma breve apresentação do próprio controle concentrado para que fique facilitado o entendimento sobre a maneira e quais circunstâncias podem possibilitar uma intervenção de algum personagem nesta qualidade. Ressalta-se que o intuito, neste início, é apenas o de apontar as bases que fizeram com que surgisse o controle concentrado e quais são as legislações que dispõem sobre sua dinâmica de atuação, bem como analisar e expor os requisitos exigidos e que ensejam a atuação de algum *amicus*. Ainda que caibam serem discutidas questões como legitimidade, características elementares da propositura destas ações e como elas ocorrem dentro do controle concentrado de constitucionalidade, optar-se-á por restringir o assunto apenas àquelas situações em que se possa estabelecer a relação da atuação dos *amici curiae* com o exercício hermenêutico-constitucional dentro desta esfera.

Precipuamente, cabe destacar que, no Brasil, de maneira indireta, a jurisdição concentrada foi introduzida no ano de 1934, através da criação da representação interventiva⁴² que tinha como objetivo fiscalizar as leis estaduais em relação aos princípios constitucionais sensíveis e, embora não tenha sido uma forma explícita de controle concentrado de constitucionalidade das leis, a figura passou a desempenhar esta função, pelo menos até o surgimento da representação de inconstitucionalidade, que foi introduzida pela Emenda nº 16 de 1965 na Constituição da República de 1946.⁴³

⁴² A possibilidade da representação interventiva estava prevista no artigo 12 da Constituição de 1934, com a seguinte redação:

Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:
[...]

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade (BRASIL, 1934, on-line).

⁴³ A possibilidade da representação de inconstitucionalidade estava prevista no artigo 12 da Constituição de 1934, com a seguinte redação:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (BRASIL, 1946, on-line).

Atualmente, o controle de constitucionalidade pelo STF é garantido e regulado pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, em seu artigo Capítulo III, Seção II, definiu a forma de atuação do órgão maior do Poder Judiciário brasileiro. Assim, de acordo com o que foi redigido, observa-se que o constituinte trouxe a ideia de que o STF deve ser seu guardião e não deve deixar que o ordenamento jurídico brasileiro aceite legislações ou atos administrativos inconstitucionais. Especificamente em seu artigo nº 102, inciso I, são colocadas as possibilidades de atuação originária pelo referido órgão e que contemplam o julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs). Insta mencionar, também, que, com a Emenda Constitucional nº 03 de 1993 e com a Lei 9.882 de 1999, houve um aprofundamento das disposições sobre a referida ADC, além da introdução da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).⁴⁴

Do que se extrai dos dispositivos mencionados, o controle de constitucionalidade no Brasil segue um modelo predominantemente judicial, sendo responsabilidade do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 91), embora a ideia do modelo hermenêutico clássico, que tratava o controle de constitucionalidade como um contraste entre normas, tenha perdido força, o STF ainda utiliza esse argumento em certos casos para não analisar questões que demandam provas e análises fáticas. Neste sentido, o autor conclui que:

Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional. Hoje, entretanto, não há como negar a “comunicação entre norma e fato”, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento, aqui, envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. É bem verdade que se analisarmos criteriosamente a jurisprudência constitucional verificaremos que também entre nós se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na

⁴⁴ Observa-se aqui que é de competência originária do STF julgar e conduzir todas as mencionadas ações dentro do controle concentrado de constitucionalidade. Ressalta-se que é apenas neste campo que a presente pesquisa se ocupou em estudar. Ainda que o controle incidental e, conseqüentemente, os processos que estão inseridos na dinâmica estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil possam ser cenários de atuação de figuras na qualidade de *amicus curiae* e que estas, ao final, possam atuar na defesa dos direitos decorrentes da cidadania, há uma discussão mais solene e mais aprofundada no âmbito do controle concentrado por envolver questões sobre a própria constitucionalidade das leis ou atos normativos. Assim, seguem os principais dispositivos mencionados que trazem disposições sobre o controle concentrado feito pelo STF:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (BRASIL, 1988, on-line).

jurisprudência do STF sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Ressalta-se aqui que o Ministro Moreira Alves, na ADC nº 1-1-DF, expressou que as ADCs deveriam ser baseadas em um “processo objetivo”, assim como é o entendimento praticado dentro das ADIs, ignorando o contraditório. Segue parte do voto que expressa este entendimento:

Portanto, também na ação direta de inconstitucionalidade, embora as mais das vezes haja legitimado passivo – o Poder ou órgão que elaborou o ato normativo -, não é ele imprescindível. Já na ação declaratória de constitucionalidade essa ausência não é apenas eventual, mas sempre ocorre, o que, porém, se coaduna, como já vimos, com a natureza do processo objetivo, a saber, a de um processo essencialmente unilateral, não-contraditório, sem partes, no qual há um requerente, mas não há necessariamente um requerido.

Desse confronto entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, verifica-se que ambas integram o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, tendo a mesma natureza: a de se apresentarem como processos objetivos (ALVES, STF, 1993, p. 23).

Essa abordagem levou o Supremo Tribunal Federal a adotar uma postura exclusivamente monológica em suas decisões, em contradição com os princípios de uma “Teoria Discursiva do Direito e da Democracia”, que valoriza o princípio do Discurso, e da “Teoria Do Processo como Procedimento Realizado em Contraditório”.⁴⁵

A contradição apresenta-se em uma clara referência a Jürgen Habermas que, com base na “Teoria Discursiva do Direito e da Democracia”, apontou que a proteção e preservação da Constituição são responsabilidades de cada cidadão, que deve zelar pelos direitos e garantias nela estabelecidos. Nesse sentido, a inclusão de um terceiro, com um papel especial como *amicus curiae* no processo de controle normativo concentrado, é considerada um elemento legítimo das decisões do STF. Isso ocorre porque, no paradigma do Estado Democrático de Direito, apoiado em uma abordagem procedimentalista, a legitimidade do Direito é alcançada por meio de um diálogo ativo com a sociedade civil. Isso torna viável a noção de um “espaço público” no qual os atores da sociedade civil interagem entre si e com o Estado por meio de discussões públicas, gerando um poder comunicativo que se relaciona com o poder

⁴⁵ Clara referência a Elio Fazzalari (2006, p. 121), que traz a ideia de que o processo, como um tipo de procedimento, recebe sua denominação ou identificação com base no ato final que o encerra. No entanto, esse ato final deve ser o desfecho de um processo regular, no qual tenha sido assegurada uma paridade simétrica entre o autor e o contraditor. Portanto, se algum ato durante o curso do processo for irregular, violando o princípio do contraditório, todos os demais atos também serão afetados, resultando, por fim, em uma decisão final que compromete a validade de todo o processo. Ressalta-se que não é o tipo de interesse ou conflito envolvido que determina a natureza do processo, mas sim a estrutura baseada no contraditório, por meio da argumentação dialética. Portanto, se a norma não contempla o contraditório em sua estrutura procedimental, não há como considerar a existência de um processo.

administrativo, legitimando-o. De acordo com Marcos César Botelho (2010, p. 10-11):

Dessarte, considerando a atividade hermenêutica das Cortes Constitucionais, o problema que surge na atuação delas é justamente quanto à legitimidade das decisões proferidas nesta seara, na medida em que o seu fechamento a uma maior abertura discursiva tem como consequência a produção de decisões construídas com a participação de um seleto grupo de atores sociais, sobretudo considerando as ponderações de Habermas, que entende que o Direito, não sendo apenas meio fático de organização do poder, mas sim fonte normativa de legitimidade, exige que o poder administrativo esteja ligado ao poder produzido comunicativamente.

Nesse escopo, esta obra busca identificar se as Cortes Constitucionais podem ser consideradas como espaços públicos em que a construção da interpretação do texto constitucional pode ser feita com a participação de todos os possíveis envolvidos.

Em outras palavras, a hipótese que surge é a possibilidade de fundamentação e legitimação das Cortes Constitucionais, sob a ótica da ética do discurso e da filosofia do direito de Jürgen Habermas, considerando-as como espaços públicos por excelência para o fomento e inclusão dos atores sociais na construção da democracia, mediante a construção do sentido e alcance da norma constitucional.

Aprofundando-se o entendimento, a objetividade dos processos que envolvem estas ações partem da ideia de que o que estão sendo defendidos são, tão somente, os preceitos constitucionais, o que acabaria por mitigar a noção de que há partes, sujeitos e, consequentemente, que deve ser respeitado o contraditório. Entretanto, sob esta perspectiva, não se é levado em consideração que todo julgamento colocado sob o controle concentrado de constitucionalidade gerará consequências à sociedade ou, ao menos, à parte dela.

Assim, há autores que destacam a necessidade de respeito ao princípio do contraditório até mesmo nas ações ocorridas dentro do controle de constitucionalidade como uma forma de exercício da cidadania e de respeito à vontade da sociedade. É sob essa perspectiva, também, que se enseja uma atuação do *amicus curiae* nestes tipos de ações. Em uma síntese do entendimento que foi colocado, Cabral (2015, p. 9.145) bem observa:

A amplitude do contraditório diz respeito: (a1) à completude dos argumentos (maior quantidade de argumentos); (a2) à qualidade da argumentação (clareza, logicidade e concisão); (a3) à diversidade dos argumentos; (a4) à efetiva existência de contraditório no processo de origem (contra-argumentação); (a5) à inexistência de restrições à cognição e à prova no processo originário.

A pluralidade de sujeitos no processo originário, por sua vez, atrai os seguintes balizamentos para a seleção da causa: (b1) processos com litisconsórcio devem ser preferidos a uma causa com apenas um autor e um réu; (b2) devem-se preferir litisconsórcios tanto no polo ativo como no passivo; (b3) deve-se priorizar um processo originário no qual tenha havido intervenção de terceiros; (b4) dentre os processos com intervenção de terceiros, deve ser preferido sobretudo processo em que tenha havido a atuação de *amicus curiae*, que é um terceiro juridicamente desinteressado e que intervém com a função de trazer elementos de convicção para o debate e oxigenar o contraditório com outros pontos de vista; (b5) devem ser preferidos processos nos quais tenha havido audiência pública.

No Brasil, pela primeira vez de forma oficial, a expressão *amicus curiae* foi utilizada

em casos de controle de constitucionalidade, com base no segundo parágrafo do artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que estabelece as regras mais específicas para o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF. Nessa ocasião, de acordo com o *caput* do referido artigo, não foi permitida a participação efetiva de uma terceira parte na disputa, mas seu parágrafo segundo traz a exceção que permite, desde que atendidos os requisitos estabelecidos na lei. Assim, de acordo como o dispositivo mencionado:

Art. 7º: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.
[...]
§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (BRASIL, 1999, on-line).

Após o surgimento deste dispositivo, a Lei nº 9.882/99, que estabelece as regras para o processo e julgamento da ADPF, perante o STF, também passou a incluir a possibilidade de participação do *amicus curiae*. Essa participação está prevista no artigo 6º, parágrafo 2º da referida lei, que traz:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.
[...]
§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (BRASIL, 1999, on-line).

Em consonância com essa visão, a Lei nº 9.868/99, que regulamenta os processos de ADIs e ADCs, juntamente com a Lei nº 9.882/99, que regulamenta os processos de ADPFs, introduziram mudanças importantes para o controle concentrado da constitucionalidade. Destaca-se, em particular, o artigo 7º, parágrafo 2º, da primeira lei, que permite a manifestação de órgãos ou entidades desde que comprovada sua representatividade e a relevância da matéria. Além disso, o artigo 6º, parágrafo 2º, da segunda lei também trata dessa possibilidade.

É importante lembrar que a Lei nº 9.868/99 originalmente previa, em seu artigo 18, parágrafo 2º, a possibilidade de manifestação de órgãos e entidades na ADC. No entanto, esse dispositivo foi vetado motivado pela possibilidade de prejudicar a celeridade processual, o que, aparentemente, impossibilitava a atuação do *amicus curiae* neste tipo de ação. No entanto, considerando a natureza dupla dessas ações, que pode ser observada pela redação do artigo 24

da lei em questão, não se pode admitir um tratamento diferenciado para a ADI e a ADC.⁴⁶ Portanto, em ambas as ações, incluindo a ADPF, deve ser garantida a possibilidade de manifestação de outros órgãos e entidades na qualidade de *amicus curiae*. Assim, a figura do *amicus curiae* foi processualmente estabelecida na jurisdição constitucional brasileira.

Insta salientar que a possibilidade de atuação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade exercido exclusivamente pelo STF, dentro do entendimento de Elival da Silva Ramos (2010, p. 466), foi um meio encontrado para fossem levados em consideração anseios de ampliação do debate em matéria constitucional, visto que tal exclusividade poderiam restringir a participação da sociedade dentro do julgamento destas ações.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 1.136), a inovação trazida pela inclusão do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade permite que possíveis interessados na questão intervenham, “ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões”. Deste modo, além de auxiliar na prestação jurisdicional do STF, ampliando os elementos informativos coletados, o instituto confere maior legitimidade ao controle de constitucionalidade das normas ou atos administrativos.

Oportuno ressaltar que, ainda segundo Gilmar Mendes (2014, p. 1.136), a participação do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade era feita apenas por meio de memoriais.⁴⁷ No entanto, posteriormente, passou-se a permitir a sustentação oral dos *amici curiae*.⁴⁸ Estas novas possibilidades, ainda segundo o autor (2014, p. 1.137) “[...] parece acertada, pois permite, em casos específicos, que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição”.

Ainda sobre algumas características que compõem a atuação de *amici curiae*, cabem serem detalhados os entendimentos existentes sobre o que significam as, já aludidas, exigências de “relevância da matéria” e “representatividade dos postulantes” de que tratam os dispositivos

⁴⁶ Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

⁴⁷ O entendimento de que a atuação do *amicus* deveria ser apenas por meio de memoriais foi proferido no julgamento da ADI-MC-QO 2.223/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 18-10-2001 (MENDES, 2014, p. 1.147)

⁴⁸ O entendimento de que o *amicus* poderia fazer sustentações orais foi proferido no julgamento da ADI-QO 2.675, Rel. Min. Carlos Velloso, e ADI-QO 2.777, Rel. Min. Cezar Peluso. O Tribunal, por maioria, em 26-11-2003, resolvendo questão de ordem, admitiu a sustentação oral dos *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade. Posteriormente, houve a edição da Emenda Regimental n. 15, do Supremo Tribunal Federal, de 30-3-2004 (DJ de 1º-4-2004), acrescentou o § 3º ao art. 131 do Regimento Interno, para admitir a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, facultando-se-lhes a produção de sustentação oral (MENDES, 2014, p. 1.147).

supramencionados.

Sobre a “relevância da matéria”, Cássio Scarpinella Bueno (2012, p. 155-156) aponta que o legislador utiliza a expressão para se referir à importância do assunto em questão. Essa relevância é determinada pelo relator da ação, levando em consideração a natureza política desse tipo de julgamento. A relevância da matéria, portanto, é um critério objetivo que está relacionado ao objeto da própria ação, ou seja, à norma cuja constitucionalidade está sendo questionada. Além disso, pode ser entendida como a necessidade concreta de trazer elementos adicionais ao processo para auxiliar o convencimento do relator. Se a matéria em questão for estritamente jurídica e a análise da (in)constitucionalidade depender apenas da análise de documentos que podem ser apresentados com a petição inicial ou durante a instrução processual, a presença desse requisito pode ser dispensada. Ademais, o preenchimento desse critério requer que a “relevância” indique a necessidade ou conveniência de um diálogo entre a norma questionada e os valores da sociedade civil ou até mesmo de outros entes governamentais. Assim, há uma análise comparativa entre os objetivos institucionais daqueles que desejam ingressar como *amici curiae* e a norma questionada no controle abstrato de constitucionalidade. No entanto, o autor acredita que, com as adaptações necessárias, essa análise se encaixa melhor na característica da “representatividade dos postulantes”, pois enfatiza mais a pessoa que busca ser *amicus*, ou seja, aquele que deseja participar do processo, do que propriamente na matéria que está sendo discutida na ação.

E, especificamente, sobre a “representatividade dos postulantes”, o autor (2012, p. 161) entende que a característica pode ser apresentada por aqueles que sejam qualquer pessoa, grupo ou entidade, pública ou privada, que consigam demonstrar um interesse institucional específico no caso e, exatamente por isso, tenham condições de contribuir para o debate ao fornecer elementos ou informações úteis e necessárias para uma decisão judicial mais fundamentada. Assim, meros interesses corporativos que dizem respeito apenas à própria entidade que busca intervir em juízo não são suficientes para sua admissão como *amicus curiae*.

Assim, tendo sido colocadas algumas das disposições que trazem e regulamentam hipóteses de intervenção da figura do *amicus curiae*, observa-se que as legislações em questão demonstram uma notável inovação de caráter democrático, principalmente na Lei 9.882/99, o que revela a intenção do legislador, de acordo com Del Prá (2022, p. 81), em ampliar a esfera de participação de “canais de comunicação para o juiz constitucional, possibilitando-lhe a coleta de informações por distintos meios”. Ainda segundo o autor, a medida também permite novas formas de debate, como a realização de audiências públicas e a possibilidade de manifestações voluntárias ou solicitadas judicialmente por terceiros que não possuam um interesse jurídico

direto na causa.

Diante de todo o exposto sobre a sua atuação, a figura do *amicus curiae* desempenha um papel de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no contexto do controle concentrado de constitucionalidade. Sua presença tem como objetivo democratizar as discussões que ocorrem no âmbito judicial, permitindo a participação de pessoas, grupos e entidades que possuam conhecimento especializado ou representatividade significativa nas demandas.

No sistema jurídico, o controle concentrado de constitucionalidade é uma função originariamente exercida pelo STF, que tem a responsabilidade de avaliar a conformidade das leis e atos normativos com a Constituição. Nesse contexto, a participação do *amicus curiae* permite trazer diferentes perspectivas, conhecimentos técnicos e informações relevantes para enriquecer o debate perante os julgadores. Ao admitir a manifestação de personagens nesta qualidade de *amicus curiae*, sejam associações civis, órgãos e entidades, desde que tenham respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade, o *amicus curiae* amplia a diversidade de vozes e pontos de vista, garantindo uma maior pluralidade de argumentos e contribuindo para uma decisão mais abrangente e fundamentada.

Dessa forma, o *amicus curiae* desempenha um papel fundamental na democratização do acesso à justiça e no fortalecimento da legitimidade das decisões proferidas pelo STF. Além disso, ao fornecer subsídios técnicos, informações especializadas e elementos relevantes sobre as implicações político-jurídicas e econômicas de determinada decisão, o *amicus curiae* contribui para uma análise mais completa e aprofundada das questões constitucionais em debate, possibilitando aos julgadores uma melhor compreensão do impacto de suas decisões na sociedade como um todo.

Portanto, do que fora exposto até aqui, conclui-se que a presença do *amicus curiae* no sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro desempenha um papel crucial ao promover a participação democrática, a pluralidade de argumentos e a qualidade das decisões judiciais, garantindo uma maior legitimidade e respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito.

3.4 O *Amicus Curiae* como uma ferramenta da Hermenêutica Constitucional na efetivação da cidadania

Colocadas todas estas considerações sobre, primeiro, o incio do *amicus curiae*, segundo,

a sua aparição no ordenamento jurídico brasileiro e, terceiro, a sua atuação dentro do controle concentrado de constitucionalidade, cabe, agora, retomar o estudo desenvolvido nos dois primeiros capítulos do trabalho, sobre cidadania e sobre hermenêutica, com o fito de analisar o que foi posto e averiguar se é possível a utilização do *amicus curie* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania.

Ressalta-se que este é o ápice deste trabalho e o que se pretende aqui é, em respeito à proposta metodológica desenvolvida, analisar se os conteúdos teóricos trazidos são suficientes para estabelecer esta relação e quais as conclusões podem ser tiradas a partir disto. Assim, serão, inevitavelmente, correlacionados alguns aspectos sobre cidadania, principalmente sobre como ela pode ser efetivada, com algumas bases teórico-conceituais estabelecidas dentro do capítulo sobre hermenêutica e a atuação do *amicus curiae* dentro do controle concentrado de constitucionalidade.

Deste modo, convém explicar que o estudo, neste ponto, desenvolver-se-á, inicialmente, com um aprofundamento das conceituações estabelecidas pela doutrina para o instituto e da natureza jurídica da figura do *amicus curiae*, depois, procurar-se-á estabelecer a relação da teoria desenvolvida por Peter Häberle com o instituto, dentro de um recorte abarcado pelos conceitos trazidos pela hermenêutica constitucional e, em seguida, investigar-se-á de que maneira estas relações estabelecidas fazem com que o *amicus* possa ser considerado uma ferramenta para a efetivação da cidadania.

3.4.1 Conceito e natureza jurídica

Iniciando com a tentativa de estabelecer a conceituação mais pertinente sobre *amicus curiae*, insta ressaltar o que é trazido por Olívia Ferreira Razaboni sobre o instituto. Ainda que o que será exposto seja conveniente a uma atuação generalista do *amicus*, o que é apresentado pela autora traz uma noção clara basilar sobre seu conceito e que pode servir de norte ao entendimento da relação que se pretende estabelecer. Em suas palavras, a autora expõe que:

A sua participação no processo consubstancia-se em apoio técnico ao órgão julgador e vai além, sendo elemento importante no aprimoramento da qualidade das decisões judiciais e na ampliação do acesso à justiça, diante da possibilidade de que todos aqueles que possam vir a ser afetados pela decisão judicial aportem seus argumentos nos autos.

Constitui, dessa maneira, elemento indispensável à pluralização do debate constitucional, porquanto está apto a cooperar com os órgãos julgadores na busca da decisão judicial mais apropriada, quer por meio da divulgação de seus conhecimentos técnicos específicos, quer por meio do esclarecimento das impressões dos cidadãos e dos

grupos sociais que vivenciam a realidade constitucional. Essa ampliação do debate transforma a busca da justiça em uma atividade coletiva, não circunscrita à decisão do juiz e às razões oferecidas pelas partes (RAZABONI, 2009, on-line, p. 99).

Mais especificamente, dentro de uma perspectiva da jurisdição constitucional, a pesquisadora Damares Medina (2008, p. 179) conclui que:

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém no processo de tomada de decisão judicial, freqüentemente, em defesa dos interesses de grupos por ele representados, oferecendo informações acerca da questão jurídica controvertida, bem como novas alternativas interpretativas. O instrumento é utilizado, essencialmente, por entidades associativas, que oferecem memoriais com três tipos de informação: reforço a argumentações jurídicas já presentes no processo; elementos técnicos não legais ou dados sobre de fatos e prognoses; e indícios acerca das preferências políticas do grupo de interesses que representam.

Corroborando com o entendimento exarado acima, Rafael Dilly Patrus (2013, on-line) oferece a ideia de conceito do *amicus* sób uma perspectiva da sua atuação. Veja-se:

Ao contribuir para o julgamento com a oferta de sua visão a respeito da questão constitucional posta em análise, o *amicus curiae* promove o alargamento do espaço público de debate, ampliando o universo social de intérpretes da Constituição. Um provimento jurisdicional que leva em conta as variáveis técnicas, as opiniões e os fundamentos diversos trazidos pelos mais pluralizados segmentos da sociedade é um provimento que concretiza a democracia.

Em síntese, pode-se considerar *amicus curiae* todo aquele interveniente no processo judicial que fornece apoio técnico e amplia o acesso à justiça e permite que aqueles possíveis afetados pela decisão judicial apresentem seus argumentos. Assim, desempenha um papel crucial na pluralização do debate constitucional, vez que pode compartilhar conhecimentos técnicos específicos e esclarecer as impressões dos cidadãos e grupos sociais envolvidos. Ao oferecer informações e alternativas interpretativas, o *amicus curiae* defende os interesses de grupos representados, contribui para uma decisão judicial mais fundamentada e inclusiva.

Apenas com base na conceituação estabelecida, já é possível afirmar que o instituto pode, sim, ser utilizado como uma ferramenta da hermenêutica constitucional. Entretanto, para consubstanciar o presente estudo, far-se-á necessária, também, uma apresentação do que é colocado pela doutrina como a natureza jurídica do instituto.

Parece pacífico na doutrina que a figura do *amicus* não possui apenas uma natureza jurídica. Em um acertado estudo feito pelo pesquisador João Antônio Barbieri Sulla (2017, p. 355), ele conclui que podem ser evidenciadas, no mínimo, três categorias e que cada uma delas pode ser identificada através do interesse do interveniente na causa e por sua função exercida. Deste modo, podem ser destacadas as seguintes categorias:

(1) o “*amicus assistente*”, cuja natureza jurídica é a assistência, qualificável pelo interesse jurídico daquele que sofre um efeito reflexo do precedente a se formar sobre relação jurídica sua, o que atende ao § 3.º do art. 138 do CPC; (2) “*amicus custos legis*”, cuja natureza é a mesma da do *custos legis*, tendo por interesse jurídico aquele chamado “institucional”; e (3) “*amicus perito*”, cuja natureza jurídica é de auxiliar do juízo, sem que se fale, portanto, em interesse jurídico.

Nota-se do que foi categorizado pelo autor que a participação do instituto como assistente e como perito afasta a ideia de que ele está, exclusivamente, representando algum interessado no desfecho do processo e, conseqüentemente, afasta-se do modo de atuação em demandas que correm dentro do controle concentrado de constitucionalidade. Ainda que estas funções possam ser utilizadas neste tipo de ação, a característica da representatividade, e que leva consigo interesse processual por um resultado que interessa algum beneficiário, é fundamental e, até mesmo, exigida pelos dispositivos que tratam do assunto, como os já mencionados art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.868/99 e o art. 6º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.882/99.

Assim, para o presente estudo, que pretende colocar o *amicus* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania, a natureza jurídica do instituto que se destaca, segundo a categorização do autor, é a de *custus legis*, vez que a atuação do instituto nas demandas, ainda que possa ter características de assistente ou de perito, é majoritariamente na defesa dos interesses de algum interessado no resultado do processo, mas sempre utilizando-se como amparo direitos decorrentes da cidadania e que estão estabelecidos na Constituição.

Assim, a análise da natureza jurídica do instituto também corrobora com a ideia de que o instituto atua como uma ferramenta na efetivação da cidadania. Pois, considerando que haja uma ação dentro do controle concentrado de constitucionalidade e que seja necessária a atuação de algum personagem na qualidade de *amicus curiae* na defesa de algum direito estabelecido na Constituição, conclui-se que o esta atuação pode auxiliar os julgadores como um instrumento argumentador em busca do objetivo estabelecido.

3.4.2 *Amicus*, Häberle e hermenêutica constitucional

Colocadas algumas ideias principais sobre a atuação do instituto como uma ferramenta para que seja alcançada a efetivação da cidadania, passa-se, então, a estabelecer a relação entre o que foi apresentado sobre *amicus curiae* com os conceitos apresentados dentro da hermenêutica constitucional, principalmente, sob influência da teoria desenvolvida por Peter Häberle.

Do que fora observado no subitem anterior, o *amicus curiae* é um instituto jurídico que desempenha um papel fundamental no sistema de controle de constitucionalidade, e sua compreensão está diretamente relacionada à influência da obra de Peter Häberle no contexto brasileiro. A obra de Häberle foi estudada e traduzida por Gilmar Ferreira Mendes em 2009 e propiciou grande impacto na elaboração do anteprojeto que resultou na, já mencionada, Lei nº 9.868/99. Häberle, ao criar a sua teoria sobre uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, defendeu que a interpretação da Constituição deve ser realizada por todos aqueles que vivenciam a realidade em que ela se aplica.

Segundo essa perspectiva, a interpretação constitucional não pode ser restrita a um grupo seleto de autoridades ou juristas, como o STF, por exemplo. Pelo contrário, deve haver uma abertura para que diversos atores sociais participem desse processo interpretativo. Essa abertura é fundamental para garantir a efetividade do princípio do pluralismo político e da democracia participativa. Nesse contexto, a atuação do *amicus curiae* se torna essencial, visto que ele permite a participação de terceiros interessados em um processo judicial para apresentar argumentos, informações ou pareceres que possam contribuir para a decisão final. Assim, principalmente no controle concentrado de constitucionalidade, o *amicus curiae* tem a função de trazer diferentes perspectivas e conhecimentos especializados para enriquecer o debate sobre a constitucionalidade das normas em questão e, mais, sobre as consequências do resultado que se estabelecerá.

Em verdade, o *amicus curiae* desempenha um papel crucial na busca por uma interpretação constitucional mais aberta e plural, permitindo que a voz da sociedade civil seja ouvida e levada em consideração nas decisões sobre a constitucionalidade das leis. Essa participação ampla e diversificada fortalece a legitimidade do sistema de controle de constitucionalidade e contribui para uma democracia mais participativa e inclusiva.

Em uma síntese do que a teoria de Häberle pode representar para a jurisdição constitucional brasileira (VALE; MENDES, 2010, on-line):

Não há dúvida de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. Enfim, a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o

reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

A noção exarada acima, conflui com o já abordado estudo sobre uma ideia de modelo cooperativo entre constituições, também defendida por Häberle. Neste sentido, os autores ainda apontam para qual rumo a ideia de interpretação aberta da constituição leva:

É nesse contexto que a doutrina de Peter Häberle vem sendo incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não se pode negar, dessa forma, que há uma tendência atual de que o intercâmbio de conhecimentos entre os diversos órgãos de jurisdição constitucional, principalmente em nosso ambiente latinoamericano, seja decisivo na construção, ainda que paulatina, de um direito constitucional comum na região. A difusão do pensamento de Häberle em países latinoamericanos certamente pode constituir a causa, e ao mesmo tempo ser a consequência, desse importante processo de formação de um direito constitucional comum latino-americano (VALE; MENDES, 2010, on-line).

Resta demonstrado, portanto, que é arriscado que a avaliação da constitucionalidade se distancie da realidade, o que possibilita resultado em decisões puramente intuitivas, o que não é desejável no contexto do controle concentrado de constitucionalidade. Portanto, a participação de diferentes grupos da sociedade civil desempenha um papel integrativo importante, e é por meio de atuações de *amici curiae*, que surge a possibilidade de que o debate constitucional seja aberto a grupos da sociedade civil, seguindo os requisitos estabelecidos pela interação entre lei, doutrina e jurisprudência.

De acordo com a Razaboni (2009, on-line, p. 107), a disposição do STF em permitir a participação dos *amici curiae* reflete o reconhecimento da Corte sobre seu papel efetivo como intérprete da Constituição e legislador negativo. Consequentemente, reconhece-se a importância de possibilitar a manifestação da sociedade por meio de vozes que a representem. A autora vai além na reflexão:

Assim, pugna-se pelo fim do monopólio da hermenêutica constitucional, com vista a evitar distorções que poderiam advir da independência do julgador e de sua estrita vinculação à lei. O processo interpretativo deve ser constante, com o objetivo de realçar a realidade no seio da Constituição. Desse modo, não é somente o Poder Judiciário quem está autorizado a interpretar a Constituição, mas todos os segmentos da sociedade. O instituto do *amicus curiae*, portanto, atenderia ao almejado padrão aberto da jurisdição constitucional, configurando-se como desdobramento da democracia participativa e como verdadeira extensão do princípio da igualdade (RAZABONI, 2008, on-line, p. 110).

Assim, em conclusão, a autora aponta para a ideia de que, para Häberle, a interpretação constitucional é um processo aberto, que não se limita a uma simples submissão à Constituição. A interpretação possui diversas possibilidades e alternativas, e a vinculação à Constituição se

transforma em liberdade quando se reconhece uma nova abordagem hermenêutica que vai além da ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da necessidade de integrar a realidade no processo de interpretação, fazendo com que intérpretes, em sentido amplo, representem essa realidade pluralista. Considerando que a norma não é uma decisão prévia e definitiva, é importante questionar quem são os participantes no desenvolvimento funcional da norma e quais são as forças ativas da aplicação pública do direito (RAZABONI, 2009, on-line, p. 110).

3.4.3 Uma ferramenta na efetivação da cidadania

Com o anseio de encontrar aqueles que devem ser os protagonistas e que podem atuar como *amicus*, e já superadas as perspectivas da necessidade de apresentarem a característica da representatividade, exigida por lei, passa-se a investigar a maneira como este ente pode se enquadrar como uma ferramenta para a efetivação da cidadania.

Cabe, precipuamente, tecer alguns comentários acerca da palavra “ferramenta”, para que seja ajustado o melhor entendimento do seu significado que serve à pesquisa aqui feita. De acordo com a equipe editorial do site “conceito.de” (2021, on-line) a palavra “ferramenta” tem origem no latim “*ferramenta*”, que deriva do verbo “*ferre*”, que significa “carregar” ou “transportar”. A etimologia da palavra remete à ideia de um objeto utilizado para auxiliar na realização de tarefas ou no trabalho manual. Assim, uma ferramenta pode ser definida como um dispositivo ou instrumento projetado para auxiliar na execução de uma tarefa específica e que pode ser utilizada em uma ampla variedade de campos, desde trabalhos manuais e construção até a indústria, a medicina e a informática.

Ainda de acordo com a equipe editorial mencionada, as ferramentas são essenciais para facilitar o trabalho humano e aumentar a eficiência na realização de diferentes atividades. Entretanto, as melhores definições apresentadas para que estas contribuam para o entendimento do presente trabalho são: primeiro, “ferramenta também pode descrever elementos/recursos (não físicos) que a pessoa utiliza para melhorar sua inteligência, seu modo de trabalho, sua percepção, seu diálogo; e, segundo: “para além do objeto físico em si, o conceito de ferramenta também é usado para fazer referência a qualquer procedimento que melhore a capacidade de realizar determinadas tarefas”.

Assim, são nestes dois últimos sentidos que se deve basear a noção do conceito da palavra sob análise para que a figura do *amicus curiae* possa ser qualificada como uma

verdadeira ferramenta da hermenêutica constitucional. Por certo, de acordo com o Dicionário de Sinônimos “DicSin” (2023, on-line), podem ser trazidos alguns sinônimos que contribuem, também, para o entendimento do significado da palavra que pretende ser estabelecido, sendo os mais indicados: “instrumento”, “recurso”, “dispositivo”, “mecanismo” e “facilidade”.

Nesta perspectiva, cumpre mencionar a conclusão trazida pelo pesquisador João Antônio Barbieri Sulla (2017, p. 354) e que traz uma expressão sinônima, quando se refere a “mecanismo”, e a própria expressão “ferramenta”, que sintetizam, muito bem, a conclusão que se pretende fazer acerca da atuação do instituto do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. Segue a conclusão:

Com isso, concluímos pela importância de que tanto a doutrina como a jurisprudência nacionais desenvolvam um regime jurídico preciso ao instituto, pois, como constatou-se dessa análise, o *amicus curiae* é mecanismo voltado a lidar com deficiências processuais no caso em concreto, funcionando como ferramenta destinada a superar limitações do sistema adversarial, de modo que, no Brasil, a figura deverá não apenas ser contextualizada ao ordenamento pátrio, mas direcionada a solução de tais e quais situações que restem desamparadas pelo instrumental processual hoje disponível aos operadores do direito (grifos nosso).

No aprofundamento da análise do trecho trazido pelo autor, cumpre observar que, primeiro, ao referir-se a “mecanismo”, continua dizendo que o *amicus* seria um para “lidar com deficiências processuais no caso em concreto”; segundo, ao referir-se a “ferramenta”, há a continuação de que o instituto serviria, também, para “superar limitações do sistema adversarial”. Nota-se, nestas colocações, que as hipóteses podem ser contempladas pela noção da garantia de direitos decorrentes da cidadania. Quando se pensa em um *amicus* que atua na resolução de “deficiências” e “limitações” que, possivelmente, surjam em um processo, o cenário corrobora com o entendimento de que, portanto, há hipóteses que existam processos que possuem como finalidade a perseguição de um julgamento justo e que, consequentemente, dirá algum direito, o que é, também consequentemente, algum direito decorrente da cidadania. Assim, o entendimento, também, contribui para a veracidade da hipótese estabelecida de que o instituto do *amicus curiae* pode atuar como uma ferramenta na efetivação da cidadania.

Melhor explicando, nas hipóteses de existência de um julgamento e que esteja envolvido algum direito decorrente da cidadania, possivelmente, poderá o sistema jurisdicional constitucional apresentar alguma deficiência ou limitação na hora do julgamento. Para que estes possíveis problemas possam ser solucionados, uma das soluções encontra respaldo na possibilidade de intervenção do *amicus curiae* e, caso haja de fato uma intervenção que corrobore com o melhor julgamento e, consequentemente, ajude a garantir algum direito

decorrente da cidadania que corria risco, haverá, portanto, o entendimento de que a figura do *amicus* conseguiu atuar como uma ferramenta.

Para que o entendimento fique ainda mais aclarado, cumpre expor a contribuição de Milton Luiz Pereira (2002, on-line, p. 10):

A participação do *amicus curiae* é demonstração inequívoca de que os fatos reais forcejam o surgimento das leis e abrem espaço para construções temáticas, necessárias para o processamento de casos concretos. Sem dúvida, a pretensão deduzida não pode divorciar-se da realidade social. Daí porque, sob o domínio de interesses sociais, escapando dos sentidos dogmático e privatístico das relações processuais, o *amicus curiae* merece grangear progressivo acolhimento no sistema processual brasileiro. Afinal, conquanto obediente aos princípios básicos, o jurista não perde a liberdade de pensar. A sua vontade permite que, inclusive, edifique novos princípios compatibilizados, ou não, com os construídos no curso de épocas distantes ou diferentes. A visão sociológica do Direito, na ânsia da Justiça, é pórtico permanentemente aberto para interpretar a lei ou contribuir para novos padrões legais ou construções jurisprudenciais, estadeados nas realidades que encerram o duplice afivelamento ao Direito Público e ao Direito Privado. O necessário, definidos os interesses na relação processual, é abrir ocasião para que, direta ou indiretamente, o terceiro possa contribuir para uma decisão justa, especialmente impedindo desafortunado resultado ao interesse público.

Deste modo, a participação do *amicus curiae* no sistema processual brasileiro, com atenção especial nas atuações ocorridas dentro do controle concentrado de constitucionalidade, representa uma valiosa ferramenta na efetivação da cidadania. Através dessa figura, é possível evidenciar a conexão entre os fatos reais e as leis, permitindo a construção de argumentos e abordagens temáticas fundamentais para o processamento de casos concretos.

É indubitável que as demandas apresentadas perante o STF não podem se desvincular da realidade social na qual estão inseridas. Nesse contexto, o *amicus curiae*, ao atuar em consonância com os interesses sociais, merece cada vez mais reconhecimento e aceitação no sistema jurídico brasileiro.

Portanto, a participação do instituto não se restringe à mera obediência aos princípios básicos do Direito, mas permite que o jurista intérprete mantenha sua liberdade de pensamento e possibilita, inclusive, a construção de novos princípios, que podem estar em conformidade ou não com aqueles estabelecidos em épocas passadas ou diferentes. O objetivo fundamental é abrir espaço para que aquele que atue na qualidade de *amicus curiae*, de forma direta ou indireta, possa contribuir para uma decisão justa, especialmente quando há risco de um resultado prejudicial ao interesse público, principalmente quando um direito decorrente da cidadania está correndo algum risco de ser cerceado. O *amicus curiae*, ao trazer perspectivas e argumentos relevantes para o caso em questão, atua como um instrumento de proteção e promoção da cidadania, permitindo que vozes adicionais sejam ouvidas e consideradas na busca

por uma decisão mais justa e equitativa.

Convém lembrar, como fora abordado no capítulo I, sobre cidadania, que restou demonstrado que, apesar da Constituição ter trazido esperança à sociedade para a realização dos direitos da cidadania, a concretização desses direitos só é possível por meio de lutas, criação e implementação de políticas públicas, atuação do Estado e, especialmente, por meio de um Poder Judiciário atuante. Assim, o Poder Judiciário, melhor representado aqui pelo STF, desempenha um papel crucial no Estado Democrático de Direito, garantindo direitos e promovendo a efetivação da cidadania. Isso acontece porque ele é responsável por resolver conflitos, decidir questões relacionadas aos direitos individuais e coletivos, e fiscalizar o cumprimento das leis e da Constituição.

Assim, consigne-se que o instituto do *amicus curiae* já é amplamente reconhecido como uma verdadeira modernização do processo constitucional brasileiro, contribuindo para melhorar a qualidade, a justiça, a legitimidade e a efetividade das decisões do STF, envolvendo um debate que representa a essência da democracia. Assim, em conformidade com a hermenêutica moderna, a comunidade jurídica reconhece que o papel do juiz vai além da mera resolução de conflitos, buscando principalmente a justa pacificação por meio de decisões legitimamente fundamentadas nas circunstâncias fáticas e em seu propósito. Assim, a figura do *amicus* revela-se com um passo significativo em direção à democratização do processo constitucional brasileiro, vez que promove a abertura interpretativa do Poder Judiciário à comunidade, conciliando a legislação com a realidade social (RAZABONI, 2009, p.137).

Em suma, a participação do *amicus curiae* como uma ferramenta no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro é uma evidência clara de que os fatos reais são determinantes na criação das leis e abrem espaço para construções temáticas imprescindíveis na resolução de casos concretos. Essa figura proporciona uma abertura ao progresso e ao desenvolvimento do Direito, permitindo que a Justiça seja alcançada de forma mais ampla e efetiva, em sintonia com as necessidades e realidades da sociedade.

4 ANÁLISE QUALITATIVA DA ATUAÇÃO DOS *AMICI CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Para que o trabalho tenha um desfecho coerente com o que foi apresentado em seu corpo, o presente capítulo tem como objetivo realizar uma análise qualitativa de um julgado emblemático do Supremo Tribunal Federal, que colocou fim a duas ações estabelecidas dentro do controle concentrado de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, do Distrito Federal, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, do Rio de Janeiro. O julgamento ilustra de forma exemplar a relevância do instituto do *amicus curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania, principalmente sob o julgo da Corte Maior do Poder Judiciário brasileiro.

Ao longo do trabalho, já foi demonstrado o papel central das teorias estabelecidas e desenvolvidas dentro da hermenêutica constitucional na interpretação e aplicação da Constituição, assim como a importância do Poder Judiciário, principalmente por meio do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF. Nesse sentido, restou demonstrado que o *amicus curiae*, figura que possibilita a participação de terceiros interessados neste tipo de jurisdição, se destaca como um instrumento que tem enorme potencial para contribuir para a efetivação da cidadania no âmbito do controle concentrado.

Para este estudo ilustrativo, foi selecionado o julgamento das mencionadas ações, ADI nº 4.277-DF e ADPF nº 132-RJ, que se refere à inconstitucionalidade de dispositivos legais que estabeleciam a impossibilidade do reconhecimento legal das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Por meio deste julgamento, reconheceu-se a constitucionalidade do direito ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, conferindo-lhes proteção jurídica e igualdade de direitos. Nesse contexto, a participação do *amicus curiae* foi essencial para trazer argumentos e contribuições jurídicas relevantes, que embasaram e influenciaram o entendimento do Tribunal sobre a questão.

Ressalta-se que o julgado constitui um exemplo ilustrativo do papel relevante desempenhado pelo *amicus curiae* na efetivação da cidadania no controle concentrado de constitucionalidade, visto que, ao possibilitar a participação de terceiros interessados, o instituto do *amicus curiae* ampliou o debate, permitiu a diversidade de argumentos e conhecimentos técnicos, ou seja, de modo geral, enriqueceu a fundamentação jurídica das decisões proferidas

pelos ministros do STF, exatamente da mesma maneira que fora demonstrado no curso do trabalho, mas agora em um caso prático.

Assim, a presente análise qualitativa do julgado apresenta-se de maneira a evidenciar a forma como *amicus curiae* contribuiu para a efetivação da cidadania no controle concentrado de constitucionalidade e serve como uma ilustração de como o instituto possibilita a participação da sociedade civil no debate jurídico constitucional, enriquecendo as discussões e fortalecendo a legitimidade das decisões do STF, principalmente no exercício hermenêutico-constitucional.

4.1 Apresentação do caso – Julgamento da ADI nº4.227-DF e ADPF nº132

Para que a ilustração que se pretende fazer não se reduza a mera menção do que ocorreu no julgamento mencionado, inicia-se uma apresentação mais detalhada para que o entendimento fique mais facilitado e para que o cenário que possibilitou a conclusão de que houve atuação de *amicus curiae* e que esta serviu como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para efetivação da cidadania fique evidenciado.

Cumprе observar que a análise restringir-se-á aos aspectos mais relevantes e que impactam a presente pesquisa, ou seja, serão apontados alguns detalhes contextuais, mas o enfoque estará presente na atuação dos *amici curiae* e qual a pertinência de suas atuações para o convencimento dos julgadores e, conseqüentemente, para o resultado da demanda, procurando evidenciar de que maneira a intervenção pode contribuir com o exercício hermenêutico-constitucional e se esta contribuição foi relevante para a efetivação da cidadania.

4.1.1 Aspectos materiais do julgamento

A materialidade do caso girou em torno da questão sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226, caput, e § 3º, estipulam, respectivamente, que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e que, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988, on-line). Nesta redação, há margem interpretativa para algumas situações, quais sejam: a de que apenas a união entre um homem e uma mulher

seja reconhecida como entidade familiar; ou, que a união entre homem com outro homem e a união de uma mulher com outra mulher, também, ensejariam este reconhecimento.

Com base neste imbróglio interpretativo, foram peticionadas ações dentro do controle concentrado de constitucionalidade com a finalidade de fixar a melhor interpretação para que os homossexuais tivessem garantidos o reconhecimento de suas uniões como entidades familiares e, conseqüentemente, garantissem todos os efeitos benéficos deste reconhecimento, principalmente relacionadas aos direitos patrimonial e de identidade.

No dia 2 de julho de 2009 houve a propositura da ADI pela então Procuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, que requereu a distribuição por dependência à ADPF nº 132. Ressalta-se, que na inicial da ADPF nº 132-RJ, houve o requerimento da interpretação conforme a Constituição dos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220 de 1975,⁴⁹ que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, na medida em que outras interpretações dos referidos incisos implicavam efetiva redução de direitos a pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual.

Já a petição inicial da ADI nº 4.277-DF requeria, em síntese, que a Suprema Corte julgasse a ação de modo a, também, interpretar conforme a Constituição, só que, neste caso, o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro, que traz: “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” e, conseqüentemente:

⁴⁹ Art. 19 - Conceder-se-á licença:

[...]

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

[...]

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular;

Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

I - salário-família;

II - auxílio-doença;

III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;

IV - financiamento imobiliário;

V - auxílio-moradia;

VI - auxílio para a educação dos dependentes;

VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;

VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;

IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;

X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.

Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas (RIO DE JANEIRO, on-line).

- a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e
- b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (PGR *in* STF, ADI nº 4.277-DF, Pet. Inicial, p.45)

O julgamento se desenvolveu com muitos atos processuais subsequentes, dos quais, os mais importantes, e que se referem a participação de *amici curiae*, serão abordados no próximo item. Entretanto, para que o entendimento do que foi julgado não careça de detalhes que corroboram com o seu entendimento, da ementa elaborada pelo Ministro Ayres Britto (STF, ADI nº 4.277-DF, Ementa, DJ 05/05/2011, p. 1.440-1.444), extraem-se alguns pontos que merecem ser destacados.⁵⁰

De início, argumentou-se que a proibição da discriminação com base no sexo, tanto no aspecto da dicotomia homem/mulher (gênero) quanto na orientação sexual de cada indivíduo, é uma manifestação do constitucionalismo fraterno, o que reconhece o valor sociopolítico-cultural do pluralismo. Posteriormente, alegou-se que a liberdade de expressão da própria sexualidade é um direito fundamental do indivíduo, parte da autonomia da vontade e que os direitos à intimidade e à vida privada também estão incluídos nessa categoria. Suscitou-se que a proibição do preconceito e o reconhecimento do direito à liberdade sexual são cláusulas pétreas da Constituição, enfatizando a busca da felicidade e a dignidade da pessoa humana. Assim, visto que o tratamento constitucional da instituição da família não atribui um significado ortodoxo ou jurídico estrito ao termo “família” e que Constituição reconhece a família como uma categoria sociocultural e um princípio espiritual, constitui-se, portanto, um direito subjetivo constituir uma família, assim, sua interpretação não deve ser reducionista. Ademais, argumentou-se que a Constituição enfatiza a proteção especial do Estado à família como base da sociedade, independentemente de ser formal ou informal, e independentemente de ser composta por casais heterossexuais ou homossexuais. Deste modo, a família é um núcleo doméstico que desfruta dos direitos fundamentais de intimidade e vida privada, e a igualdade de tratamento entre casais heterossexuais e homossexuais implica no direito subjetivo igual de formar uma família autônoma (BRITTO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, Ementa, DJ 05/05/2011, p. 1.440-1.441).

Por fim, apontou-se que o propósito central da Constituição é estabelecer relações jurídicas horizontais e sem hierarquia entre as duas tipologias de gênero humano. A referência

⁵⁰ A ementa completa redigida pelo Ministro Ayres Britto encontra-se no ANEXO A.

à dualidade homem/mulher na Constituição visa combater o patriarcado dos costumes brasileiros, não devendo haver hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre a formação de uma entidade familiar e uma família. Assim, ainda na ementa, apontou-se que a Constituição não proíbe a formação de famílias por pessoas do mesmo sexo e que o reconhecimento da união homoafetiva como uma forma de entidade familiar está aberto à conformação legislativa, sem prejudicar o reconhecimento imediato com base na Constituição. Isso significa que qualquer interpretação preconceituosa ou discriminatória desse artigo deve ser excluída para permitir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como uma família e, portanto, o reconhecimento deve seguir as mesmas regras e ter as mesmas consequências da união estável entre casais heterossexuais (STF, ADI nº 4.277-DF, Ementa, DJ 05/05/2011, p. 1.442-1.444).

O início do julgamento ocorreu no dia 4 de maio 2011 e terminou no dia seguinte com a decisão unânime e que efetivou juridicamente o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e garantiu que houvesse os mesmos direitos e deveres de uma união entre um homem e uma mulher. A decisão teve eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (STF, ADI nº 4.277-DF, Ementa, DJ 05/05/2011, p. 1.444).

4.1.2 Os aspectos procedimentais do julgamento

Sobre os aspectos procedimentais do julgamento, cumpre ressaltar que se trata do resultado da conversão da ADPF nº 132-RJ na referida ADI nº 4.277-DF. A arguição foi proposta pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 25 de fevereiro de 2008, por intermédio da Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Lea Guimarães Tavares. Posteriormente, houve a propositura da ADI pela então Procuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, em 2 de julho de 2009, que, como fora mencionado, requereu a distribuição por dependência à ADPF nº 132.⁵¹

Sobre esta conversão, convém trazer a justificativa do Ministro relator que apontou para esta necessidade, visto que:

⁵¹ Esclarece-se que os Acórdãos das duas ações são muito similares e que o referente à ADI nº 4.277-DF está um pouco mais completo por conter algumas transcrições de debates que não constam no Acórdão da ADPF nº 132-RJ. Por outro lado, a maioria dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* ocorreram dentro do processo da referida ADPF. Assim, em alguns momentos serão feitas referências ao processo que está inserida a ADI e, em outros, a ADPF.

Entretanto, trata-se de uma mera formalidade que explica o motivo de estarem sendo referenciadas as duas ações em diferentes momentos, mas nada que interferirá na demonstração do raciocínio que o presente trabalho exige sobre o que se está analisando.

Seja como for, o fato é que me foi redistribuída a ADI nº 4.277, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernaculamente posto: “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”. É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção (BRITTO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.184-1.185).

Esclarecida a questão da união das ações para um só julgamento, em virtude da convergência do objeto e da maior amplitude apresentada pelas ADIs, inicia-se uma análise mais atenta sobre a intervenção de interessados na qualidade de *amicus curiae*.

De início, ressalta-se que o processo contou, ao todo, com quinze intervenções⁵² de personagens na qualidade de *amicus curiae*, sendo eles:

AM. CURIAE. :CONECTAS DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. :EDH – ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. :GGB – GRUPO GAY DA BAHIA

ADV.(A/S) :ELOISA MACHADO DE ALMEIDA

AM. CURIAE. :ANIS – INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADV.(A/S) :EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA

AM. CURIAE. :GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – GEDIUFMG

AM. CURIAE. :CENTRO DE REFERÊNCIA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – CENTRO DE REFERÊNCIA GLBT

AM. CURIAE. :CENTRO DE LUTA PELA LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL – CELLOS

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DE MINAS GERAIS – ASSTRAV

ADV.(A/S) :RODOLFO COMPART DE MORAES

AM. CURIAE. :GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL
ADV.(A/S) :THIAGO BOTTINO DO AMARAL

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – ABGLT

ADV.(A/S) :CAPRICE CAMARGO JACEWICZ

AM. CURIAE. :INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM

⁵² Cumpre observar que não serão abordados todos os memoriais trazidos por cada *amicus*, mas apenas aqueles que tiveram relevância e repercussão dentro do julgamento. Entretanto, cabe mencionar que a maioria dos que estavam neste papel argumentavam no mesmo sentido dos proponentes, ou seja, para que os pedidos elaborados nas petições iniciais fossem julgados procedentes.

ADV.(A/S) :RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
AM. CURIAE. :SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – SBDP
 ADV.(A/S) :EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO
 ADV.(A/S) :FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB
 ADV.(A/S) :FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
 ADV.(A/S) :RALPH ANZOLIN LICHOTE E OUTRO(A/S) (STF, ADI nº 4.277-DF, Ementa, DJ 05/05/2011, p.1-2).

Sobre a aceitação destes de ingressar no processo, cabem serem evidenciados alguns aspectos sobre a importância de terem sido admitidos como partícipes no processo. Ressalta-se, primeiramente, que as participações tiveram apoio, ou nenhum óbice, por parte dos ministros votantes. Merece ser destacado o que relator, Ministro Ayres Britto, trouxe em seu voto argumentos que demonstram a complexidade do tema e a sua relevância incomum e que fez com que ele deferisse a participação ampla dos que peticionaram pedindo o ingresso no processo na qualidade de *amicus* e que cumpriam as exigências estabelecidas por lei (BRITTO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.181).

Ademais, cabem ser evidenciadas, também, as partes dos votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Celso de Mello sobre a participação dos *amici* no julgamento e foram os únicos Ministros que procuraram desenvolver um pouco mais seus respectivos entendimentos sobre o assunto.

Gilmar Ferreira Mendes, no início de seu voto, ressaltou a importância do debate, principalmente com a atuação dos *amici curiae* por meio dos memoriais e das sustentações orais e qualificou como “belo” aquele julgamento que estava permitindo uma participação plural e ampla deste personagem dentro da jurisdição constitucional (MENDES *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.286).

Ademais, chama-se a atenção para o voto do então Ministro Celso de Mello⁵³ que destinou um capítulo exclusivo sobre a intervenção de *amici curiae*. Intitulado “A intervenção do “*amicus curiae*”: fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal”, o capítulo I do voto do Ministro aduziu que, com a participação ativa das partes envolvidas e a intervenção de várias entidades da sociedade civil, o debate constitucional sobre o assunto em questão se tornou mais diversificado, visto que permitiu que o STF tivesse todos os elementos necessários para resolver a controvérsia, superando, assim, a questão preocupante da legitimidade democrática das

⁵³ O voto completo do Ministro Celso de Mello encontra-se no ANEXO B.

decisões tomadas por esse tribunal ao exercer seu poder extraordinário de controle concentrado de constitucionalidade. Portanto, ainda de acordo com o Ministro, o STF atua como um mediador entre as diferentes forças com legitimidade no processo constitucional, buscando pluralizar o debate em torno do litígio constitucional, respaldando-se na abertura material da Constituição, o que garante uma expressão real e efetiva ao princípio democrático e evita qualquer déficit indesejável de legitimidade nas decisões proferidas pela Suprema Corte no exercício de seus poderes inerentes à jurisdição constitucional (MELLO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.382-1.384).

Em conclusão sobre este entendimento, escreveu:

É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica (MELLO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.384).

Nota-se que o Ministro concorda, então, com o entendimento de que é necessária a abertura interpretativa da Constituição, ideia defendida por Häberle e abraçada por doutrinadores brasileiros e pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, além de expressar que a intervenção de *amici* no controle concentrado de constitucionalidade é elemento legitimador das decisões proferidas pelo STF, por oferecer alternativas interpretativas por representantes de grupos minoritários, como ocorreu no caso sob análise.

Assim, neste julgamento, há, também, aspectos procedimentais que ressaltam a importância e a necessidade de haver a participação de personagens na qualidade de *amicus curiae*, visto que estes podem somar ao julgamento. Deste modo, confirma-se, mais uma vez que a hipótese levantada de que o instituto pode ser considerado como uma ferramenta da hermenêutica constitucional e que pode resultar em maior efetividade da defesa dos direitos decorrentes da cidadania.

4.2 A relação dos argumentos apresentados pelos *amici curiae* com a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania

Até aqui, restou evidenciada a importância da atuação de personagens na qualidade de

amicus curiae para pluralizar, ampliar e enriquecer o julgamento que está sob análise, o que influencia positivamente o exercício hermenêutico-constitucional dos intérpretes para que cheguem ao melhor entendimento e, conseqüentemente, ao melhor julgamento. Mas agora, cabe ser evidenciado de que maneira, dentro do caso concreto, isso impactou a efetivação da cidadania.

É certo que, de todas as intervenções na qualidade de *amicus curiae*, apenas uma foi literalmente citada em um voto de um dos ministros julgadores e esta será analisada mais a frente. Entretanto, não há como não perceber que houve, também, interferências, ainda que sutis, no voto de alguns Ministros e que podem ser destacadas.

Primeiro, já no relatório, o Ministro Ayres Britto aponta o seu entendimento sobre a importância dos argumentos trazidos pelos *amici curiae* ao processo:

A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento. E, nesse elevado patamar de discussão, é que dão conta da extrema disparidade mundial quanto ao modo de ver o dia-a-dia dos que se definem como homoafetivos, pois, de uma parte, há países que prestigiam para todos os fins de direito a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo da Holanda, Bélgica e Portugal, e, de outro, países que levam a homofobia ao paroxismo da pena de morte, como se dá na Arábia Saudita, Mauritânia e Iêmen (BRITTO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.181)

Extrai-se do que fora escrito pelo Ministro que, realmente, há uma enorme disparidade quanto ao modo de viver dos que são e os que não são homossexuais, o que, de fato, reforça a importância da atuação de alguns *amici* para que possam evidenciar e trazer ao entendimento dos julgadores uma perspectiva que demonstra o modo de vida dos que enfrentarão as consequências do resultado do julgamento que está sendo feito, visto que a característica da representatividade se encontra presente nas atuações e podem levar os Ministros a, no mínimo, entender um pouco mais sobre a luta diária que enfrentam os homossexuais e de que forma o julgamento impactará suas vidas.

Cabe ser ressaltado, também, parte do voto do Ministro Luiz Fux, que trouxe apontamentos interessantes sobre as participações dos *amici curiae*:

Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: **a homossexualidade é um fato da vida**. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem

sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A segunda premissa importante é a de que **a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual**. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas **uma característica da personalidade do indivíduo**. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte própria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência (grifos do autor) (FUX *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.224-1.225.)

Nota-se, desta parte do voto, que o fato da homossexualidade não constituir doença, desvio ou distúrbio mental poderia constituir uma informação técnica que fugiria da alçada necessária de entendimento do Ministro e que, se não fosse a atuação de algum interveniente *amicus*, poderia ter sido esquecida ou não levada em consideração na hora do voto. Mas, como houve intervenção e esta conseguiu ressaltar que, de fato, a homossexualidade é uma característica da personalidade do indivíduo, isso contribuiu positivamente para o voto e, conseqüentemente, para o julgamento como um todo. Em que pesem os Ministros julgadores terem notório saber jurídico, este não é devidamente abarcado por questões científicas sobre homossexualidade e que são profundamente estudadas por determinadas comunidades científicas. Assim, ressalta-se a importância da abordagem destes estudos e que foram trazidas ao processo por aqueles que atuaram na qualidade de *amici curiae*.

A Ministra Carmen Lúcia, ainda que não tenha feito menção direta aos *amici curiae*, em sua antecipação ao voto, consignou que a realização da justiça material e a prestação da jurisdição só é possível com a presença dos advogados e Ministério Público, que na oportunidade do julgamento fizeram sustentações orais, sendo que a maioria dos advogados que as fizeram estavam na posição de procuradores daqueles que ingressaram na qualidade de *amicus* (LÚCIA *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.252). Já dentro do voto, cabe ser destacada a parte em que a Ministra retoma alguns dos argumentos apresentados pelos advogados para fundamentar seu voto:

Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais.

E reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.

Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade individual (LÚCIA *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.255).

Continuando com a análise dos votos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes faz menção às atuações dos *amici* e aponta a responsabilidade destas por apresentarem argumentos que fazem os julgadores ficarem cientes de como a norma sob julgo vem sendo interpretada e utilizada:

É, dessa forma, portanto, que fundamento neste julgamento a possibilidade de utilização da interpretação conforme à Constituição. Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae*, bem como do conteúdo do voto do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto e dos votos daqueles que o sucederam, que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo (MENDES *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.325-1.326).

Já o Ministro Celso de Mello foi o que melhor extraiu das contribuições dos *amici* fundamentos para compor seu voto,⁵⁴ principalmente dos memoriais e da sustentação oral feita pelo advogado Thiago Bottino do Amaral, que era o procurador do Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual (GAI), e que merecem um estudo mais atento do que apresentaram.⁵⁵

O advogado apresentou o pedido para atuar como *amicus curiae* nos autos da ADPF nº 132, em 28 de julho de 2008, comprovando que o GAI atendia a todos os requisitos necessários para intervir no processo. Na petição, foram detalhados todos os esforços em prol da comunidade homossexual, demonstrando claramente a representatividade do grupo na luta pela liberdade de expressão sexual e na promoção e defesa dos direitos de grupos vulneráveis. Além disso, houve a solicitação da permissão para apresentar memoriais, além da autorização para realizar sustentação oral durante a sessão de julgamento (AMARAL *in* STF, ADPF nº 132-RJ, 2008).

Nos memoriais, o objetivo principal do *amicus* foi fornecer considerações e argumentos que contribuíssem para um pleno entendimento dos pedidos apresentados pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para que aumentasse a chance de que estes fossem julgados procedentes. As principais abordagens incluíram: a) a violação da dignidade humana, liberdade e igualdade; b) a violação da segurança jurídica; c) o papel contra-majoritário do Poder Judiciário em um Estado democrático de direito; e d) o direito internacional e supranacional. As questões levantadas na petição deixaram claro que os princípios fundamentais seriam

⁵⁴ Este é o principal motivo que faz com que o inteiro teor do voto do Ministro Celso de Mello componha o presente trabalho e pode ser encontrado no ANEXO B

⁵⁵ Dada a sua importância, os memoriais trazidos pelo Grupo Arco-Íris (GAI) também compõem o presente trabalho e podem ser encontrados no ANEXO C.

violados se continuasse ocorrendo a negação de direitos a certos indivíduos com base em sua orientação e identidade sexual. Como forma de auxiliar o julgamento, todo o exposto foi transmitido ao Supremo Tribunal Federal, considerando a representatividade do GAI e suas diversas ações afirmativas relacionadas ao tema (AMARAL in STF, ADPF nº 132-RJ, 2008).

A atuação do grupo como *amicus curiae* também se estendeu à sustentação oral, conduzida por seu procurador, Thiago Bottino do Amaral, onde foram reiteradas as colocações feitas nos memoriais. O advogado enfatizou a importância da função “contra-majoritária” como uma forma de proteção das minorias, destacando que, na ausência de ação por parte do Poder Legislativo, quando há marginalização, exclusão ou discriminação por omissão, ocorre um defeito na democracia, sendo necessário que o Poder Judiciário corrija tal defeito (AMARAL in STF, ADPF nº 132-RJ, 2008).

Por último, em suas considerações finais, ainda na sustentação oral, o advogado ressaltou que as organizações da sociedade civil compareceram em peso perante o Supremo Tribunal para se manifestar na qualidade de *amicus curiae* como “vozes de uma minoria que não tem representação no Poder Legislativo, mas que, mesmo sem voz ou com uma voz abafada, possuem direitos que devem ser protegidos para que se possa afirmar que o Brasil é, de fato, um Estado Democrático de Direito” (AMARAL, 2011, on-line).

Embora houvesse outros grupos que compartilhavam dos mesmos argumentos apresentados pelo GAI como *amicus curiae*, é importante destacar a importância do que foi apresentado, uma vez que até o Ministro Celso de Mello utilizou os pontos levantados pelo grupo em seu voto. É possível observar essa referência específica ao auxílio prestado pelo GAI nos memoriais quando se analisa o trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual (MELLO in STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.406).

A respeito das abordagens mencionadas no voto do Ministro, é relevante examinar o trecho específico no qual ele faz referência ao auxílio prestado pelo GAI em seus memoriais. Nesse trecho, o Ministro destaca a importância das contribuições do grupo na fundamentação de seu voto, demonstrando como os argumentos apresentados foram considerados e influenciaram sua análise do caso.

Ao citar o GAI, o Ministro Celso de Mello reconhece a relevância das colocações feitas pelo grupo, o que confirma a importância da atuação do GAI como *amicus curiae* no processo. Essa menção no voto do Ministro evidencia que as considerações e argumentos apresentados pelo GAI não apenas foram levados em conta, mas também tiveram influência no entendimento do Ministro sobre a matéria em discussão. Em seu voto, o Ministro chega a fazer uma citação direta, com grifos, dos argumentos colocados pelo Advogado do GAI em seus memoriais:

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais **na restrição** da soberania popular **decorre da limitação** imposta pelo princípio do Estado de direito, **que não admite** a existência de poderes absolutos, **nem mesmo** o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia **não está habilitada** para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma **que se veda à maioria** que faça determinadas escolhas – **suprimindo** direitos necessários à participação política de determinados cidadãos – **é igualmente vedado** a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas **que regulem** a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, **o Poder Legislativo** – representando a maioria da população brasileira – **exclui, marginaliza e diminui** o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. **Retira-lhes** a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, **o Judiciário** é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, **garantindo** o livre exercício da liberdade e igualdade, **atributos** da cidadania, **e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há** certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, **em prol** dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito **conviver** com o estabelecimento de uma diferença **entre** pessoas e cidadãos **com base** em sua sexualidade. **Assim como é inconstitucional** punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio- culturais **e é igualmente inconstitucional** excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, **as opiniões morais ou religiosas** que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), **nem a maioria**, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, **está acima da Constituição.**

Nesse passo, o Poder Judiciário **assume sua mais importante função**: a de atuar **como poder contra-majoritário**; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário **revela** sua verdadeira força **no equilíbrio** entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais (grifos do autor) (AMARAL *in* STF, ADPF nº 132-RJ, 2008 *apud* MELLO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.406-1.407).

Essa referência específica ao auxílio prestado pelo GAI em sede de memoriais reforça a credibilidade e o impacto das contribuições do grupo no desfecho do caso. O reconhecimento pelo Ministro da validade desses argumentos corrobora a expertise e a importância do GAI como uma voz qualificada e relevante no contexto jurídico. Além disso, a menção no voto do Ministro também pode ser interpretada como um reconhecimento mais amplo da relevância dos *amici curiae* no processo judicial. Ao destacar a participação do GAI, o Ministro Celso de Mello ressalta o valor das contribuições dos “amigos da corte”, indicando que suas perspectivas e

argumentos são considerados elementos importantes para a tomada de decisões no âmbito judicial.

Evidencia-se, portanto, que a atuação do grupo atendeu ao propósito de um *amicus curiae* ao solicitar sua participação no processo, visto que forneceu esclarecimentos e auxiliou o tribunal no julgamento do caso, devido ao seu amplo conhecimento sobre a matéria em discussão. No caso em análise, é importante ressaltar a qualidade dos argumentos apresentados, os quais são resultado de um árduo e dedicado trabalho, característico de grupos e indivíduos que lutam diariamente por uma causa e que destaca o potencial destas intervenções em revelar o cerne da discussão e o ponto-chave para a decisão final do julgamento, que no presente caso se deu com o pleno reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar, com todos os direitos e responsabilidades inerentes a uma união entre um homem e uma mulher.

Ressalta-se, também, a maneira como a hermenêutica constitucional se insere no contexto do julgamento. Primeiro pelo pedido das partes proponentes das ações, que requereram “interpretação conforme a Constituição” dos mencionados dispositivos que estão sob análise de constitucionalidade. Como foi estudado durante o trabalho, a o aludido princípio possui uma natureza instrumental e não material são fundamentos lógicos, metodológicos ou finalísticos que direcionam a aplicação das normas constitucionais e vai além de uma definição simplista, pois requer uma abordagem refinada para assegurar a validade de normas que possam ser consideradas inconstitucionais, buscando alinhar seu sentido com os princípios constitucionais. Assim, esse princípio atua como uma técnica interpretativa e mecanismo para garantir a constitucionalidade das leis, que a Constituição funciona como uma orientação ao intérprete, visando encontrar a melhor interpretação das normas infraconstitucionais, evitando a inconstitucionalidade e representando o entendimento constitucional adequado.

Segundo, como bem coloca o Ministro Celso de Mello em seu voto, também neste julgamento, há a invocação de princípios fundamentais apoiada em uma hermenêutica construtiva e, assim, faz-se com que o Brasil dê:

[...]um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva(MELLO in STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.394-1.395).

Terceiro, ainda sobre suas explicações que fundamentam o modo como exerceu a sua hermenêutica, o Ministro, em referência à Daniel Sarmiento (2008, p. 649-652), traz que o

juízo se fundamenta em uma interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição. Assim, o Ministro diz que o autor anuncia o exato sentido da mencionada norma constitucional:

Com efeito, sabe-se que a Constituição, **em que pese** o seu caráter compromissório, **não é apenas** um amontado de normas isoladas. **Pelo contrário**, **trata-se** de um sistema aberto de princípios e regras, **em que cada um** dos elementos **deve ser compreendido** à luz dos demais. **A noção de sistema** traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição.

[...]

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais **que desempenham** um valor mais destacado no sistema, **compondo** a sua estrutura básica. [...] **No caso brasileiro**, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. **O constituinte já tratou de fazê-lo** no Título I da Carta, que se intitula exatamente “Dos Princípios Fundamentais”. **E é lá que vão ser recolhidas** as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: **princípios** da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, **dentre outros**.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, **deve buscar a inclusão e não a exclusão** dos estigmatizados; **a emancipação** dos grupos vulneráveis **e não a perenização** do preconceito e da desigualdade.

[...] **Da leitura do enunciado normativo** reproduzido, **verifica-se** que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência **não significa**, porém, **silêncio eloquente** da Constituição. **O fato** de que o texto **omitiu** qualquer alusão à união entre pessoas **do mesmo sexo não implica**, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

[...]

Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional **também não é compatível** com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, **segundo a qual** do referido preceito decorreria, “*a contrario sensu*”, o **banimento constitucional** da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional **no afã de proteger** os companheiros das uniões não matrimonializadas, **coroando um processo histórico** que teve início na jurisprudência cível, **e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito**. Por isso, **é um contra-senso interpretar** este dispositivo constitucional, **que se destina a “inclusão”**, como uma cláusula de exclusão social, **que tenha** como efeito discriminar os homossexuais (grifos do autor) (SARMENTO, 2008, p. 649-652 *apud* MELLO *in* STF, ADI nº 4.277-DF, DJ 05/05/2011, p. 1.401-1.402).

Nota-se que o voto faz alusão a princípios e métodos já lidados no capítulo sobre a evolução da hermenêutica constitucional. Como foi visto, a interpretação sistemática busca entender o significado das leis considerando todo o sistema normativo, não analisando as normas isoladamente, mas em conjunto com outras que fazem parte do ordenamento jurídico. Já a interpretação teleológica, ou finalística, leva em conta a finalidade da norma e a razão de sua criação para extrair seu significado, considerando que as normas jurídicas foram criadas com propósitos específicos.

Depreende-se, portanto, que o voto do Ministro traz uma consequência prática que resulta em avanços nas perspectivas jurisdicionais constitucionais por embasar métodos e princípios que auxiliam os julgamentos e embasam argumentos garantidores e efetivadores de direitos, o que ressalta a importância do desenvolvimento e evolução da hermenêutica.

Por fim, conclui-se que a atuação do *amicus curiae* em discussões no Supremo Tribunal Federal não deve ser apenas aceita, mas também incentivada. Dentro de uma perspectiva da hermenêutica constitucional, com respeito aos métodos e princípios que a disciplina contempla, os argumentos apresentados por atores envolvidos diretamente em uma causa podem ser muito mais relevantes e qualificados do que os de especialistas jurídicos e que ocorreu no caso sob análise, no qual um grupo que enfrenta diariamente as realidades relacionadas ao tema em debate trouxe pontos fundamentais que influenciaram de maneira precisa a interpretação dos juízes que não vivenciam a mesma perspectiva.

Portanto, a participação do *amicus curiae*, como no caso, o GAI, revelou-se indispensável para enriquecer o debate jurídico, trazendo uma visão autêntica e informada sobre a questão discutida, visto que a experiência e a vivência direta com o direito sob julgamento conferem aos grupos e aos indivíduos envolvidos uma expertise singular, capaz de contribuir significativamente para o desenvolvimento da jurisprudência e a garantia dos direitos fundamentais.

Assim, do que fora analisado qualitativamente dentro do julgamento, nota-se, mais uma vez a confirmação da hipótese outrora levantada de que o instituto do *amicus curiae* atua como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania e que, por fim, permite que sejam levantadas conclusões sobre o que fora estudado até aqui.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer subsídios teóricos que coadunassem, dentro da proposta metodológica escolhida, com a hipótese estabelecida que procurava analisar a atuação da figura do *amicus curiae* como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania, para que, assim, se pudesse deduzir se a figura se encaixa, ou não, como uma ferramenta e se sua atuação é influente na efetivação da cidadania. De plano, a hipótese pode ser tida intuitivamente como verdadeira por aqueles que possuem certo entendimento dos conceitos de cidadania, hermenêutica constitucional, *amicus curiae* e ferramenta, entretanto, o objetivo do trabalho foi fornecer elementos que auxiliassem os que desconhecem os mencionados conceitos a entender de que maneira o instituto é utilizado nesta função. Para os que já conhecem tais conceitos, o objetivo era propiciar um trabalho que servisse de base para que pudessem aprofundar o seu conhecimento e aperfeiçoar a utilização da figura do *amicus* para que, com isso, fosse possível majorar a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania nos casos que houvesse a possibilidade de intervenção.

Assim, a pesquisa se desenvolveu em etapas, as primeiras de apresentação e contextualizações teórico-conceituais, como a abordagem sobre cidadania, sobre a hermenêutica constitucional e sobre o próprio instituto do *amicus curiae*; as últimas foram de concentração reflexiva, que procuraram estabelecer a relação entre a atuação do *amicus curiae*, dentro do exercício hermenêutico-constitucional, e a efetividade da cidadania.

Sobre a cidadania, foi apresentado que a sua concepção, ao longo da história, passou por inúmeras evoluções até culminar na noção que se tem hoje. A sua primeira concepção significativa surgiu em um ambiente escravocrata e estratificado, dentro da sociedade greco-romana, como uma característica meramente de reconhecimento de poder atrelado à posse de terras, à nacionalidade e à hereditariedade, situação que não sofreu alterações significantes até a Idade Média. Em seguida, após período renascentista, a ideia da cidadania começou a contemplar as concepções de direitos civis de políticos, que foram resultados do fim do período absolutista e das Revoluções burguesas. Entretanto, foi no início do século XX, principalmente quando os direitos sociais começaram a ganhar mais força, estes passaram a compor a ideia de cidadania um pouco mais próxima da que se tem atualmente e a busca pela sua efetivação passou a ser mais intensa.

No Brasil, a ordem de aparição dos conceitos que hoje compõem a ideia de cidadania foi um pouco diferente, visto que, inicialmente, prevaleceu uma busca predominante por

direitos sociais, seguida pelos direitos civis e, posteriormente, pelos direitos políticos. Além disso, o cenário político brasileiro passou por significativas transformações que tiveram um impacto direto na evolução do conceito de cidadania no país, incluindo momentos de abertura e fechamento de regimes políticos, com alternância entre regimes mais liberais, democráticos e outros mais autoritários, como a ditadura, por exemplo.

Cumprе ressaltar que o maior salto que se teve na concepção de cidadania no Brasil foi com a promulgação da Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, que positivou direitos nas leis constitucionais e estabeleceu formas para que estes fossem efetivados. Foi nesta perspectiva que se cunhou o apelido “Constituição Cidadã” e, foi através dela, então, que se pode estabelecer que a cidadania contempla os direitos de todas as gerações, mas, principalmente, decorre de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, que faz com que haja uma prevalência e uma busca pela efetivação da cidadania que, agora, é, também, composta pelos direitos fundamentais e todos os outros direitos que destes decorrem.

Entretanto, embora a Constituição tenha apresentado disposições que inspirassem esperança na sociedade para alcançar a efetivação dos direitos decorrentes da cidadania, a sociedade brasileira sempre encontrou muitos entraves para que fossem realmente efetivados, principalmente pela forte influência das relações de poder estabelecidas e incrustadas desde o período colonial. Deste modo, a efetivação da cidadania só pode ser realmente alcançada, conforme evidenciado no trabalho durante a análise da evolução da cidadania, por meio de lutas, formulação e implementação de políticas públicas, ações do Estado e, sobretudo, por uma atuação decisiva do Poder Judiciário.

Com isso, foi colocado o arcabouço teórico-conceitual sobre cidadania e direcionado o estudo para a parte que se tenta efetivá-la através da atuação do Poder Judiciário, visto que é permitida e incentivada pela Constituição. Ressalta-se que, em respeito ao recorte temático proposto, esta atuação do Poder Judiciário na tarefa de efetivação da cidadania só foi estudada dentro do controle concentrado de constitucionalidade, apenas aquele exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, há, também, a participação deste Poder Judiciário em suas esferas de atuação e por meio do controle incidental de constitucionalidade na busca pela defesa da Constituição e, conseqüentemente, pela efetividade da cidadania.

Para que houvesse a continuidade do raciocínio estabelecido metodologicamente, passou-se a estudar a evolução da hermenêutica constitucional e da teoria da “Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle. Uma vez que o principal propósito deste estudo é analisar o *amicus curiae* como uma ferramenta para promover a efetivação da cidadania, especialmente quando aplicado ao controle de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal, foi adequado e imprescindível traçar uma revisão do pensamento filosófico-jurídico acerca da interpretação e hermenêutica constitucional, abrangendo desde o início da modernidade até as abordagens contemporâneas mais recentes. Ressalta-se que, embora essa análise seja amplamente restrita por limitações inerentes à tarefa, buscou-se fornecer uma compreensão abrangente de aspectos fundamentais sobre a evolução da hermenêutica, que foi desde a hermenêutica filosófica até a constitucional, assim como a compreensão da hermenêutica constitucional dentro do Poder Judiciário.

Com o estudo feito sobre a evolução da hermenêutica constitucional, observou-se que as principais alterações de entendimento sobre a interpretação de determinadas normas advinham do surgimento de novos métodos e princípios que compõem ou alteram as formas de interpretação que fazem parte da própria hermenêutica. Assim, ter o Peter Häberle como marco teórico da pesquisa foi de fundamental importância para que fosse possibilitada a atuação do *amicus curiae* dentro do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, do que se extrai da teoria trazida pelo referido autor, a Constituição vai além de um conjunto de normas jurídicas, ela também representa a identidade e os valores de uma nação. Assim, a hermenêutica constitucional não deve se limitar a uma análise estritamente jurídica e deve considerar o contexto cultural, histórico e político em que está inserida. Ainda, de acordo com o autor, a Constituição é um sistema aberto de normas e princípios que devem ser interpretados em constante diálogo com a sociedade e seus intérpretes, que não deve ficar restrita aos tribunais, mas deve envolver diversos atores, incluindo cidadãos, legisladores e a academia.

Neste sentido, a abordagem da teoria de Peter Häberle, no trabalho, ressaltou a relevância do diálogo, da participação dos cidadãos, da adaptação às mudanças sociais, da dimensão simbólica, da fundamentação transparente e na interpretação da Constituição, visto que são elementos enriquecem a hermenêutica constitucional e visam garantir uma interpretação mais pluralista, legítima e eficaz das normas constitucionais e que, como resultado, tem um impacto direto na concretização dos direitos derivados da cidadania. É justamente nesta perspectiva de que uma participação mais plural em decisões que decorrem de uma interpretação da constituição é que pode ser inserida a atuação do instituto do *amicus curiae* como potencial ferramenta na efetivação e defesa de direitos.

Assim, para que esta atuação fosse melhor compreendida, fez-se necessária uma apresentação mais completa sobre o próprio instituto do *amicus curiae*, que procurou trazer aspectos que contribuíssem para um estudo mais epistemológico, como o seu surgimento e sua aparição dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assim como aspectos mais procedimentais, como sua atuação dentro do controle concentrado de constitucionalidade e a possibilidade de

atuação como uma ferramenta, dentro da hermenêutica constitucional, para a efetivação da cidadania.

Dentro da análise sobre os mencionados aspectos, observou-se que o *amicus curiae* tem origem controversa, mas é considerado uma evolução do *consiliarus* no direito romano ou do direito medieval inglês, e que sua espontaneidade na intervenção é uma característica chave no *Common Law*, onde atua na defesa de interesses próprios ou de uma das partes em um processo. Nos EUA, o instituto ganhou destaque em demandas sociais relevantes e na proteção de interesses públicos. Atualmente, o *amicus curiae* está presente em diversos ordenamentos jurídicos, tanto de *Common Law* quanto de *Civil Law*, assim como em Cortes Internacionais e ordenamentos supranacionais, regulamentado por acordos e tratados internacionais. Entretanto, ainda em respeito ao recorte temático, houve uma concentração na atuação do *amicus* como um agente influenciador nas decisões judiciais, especialmente no contexto do constitucionalismo norte-americano, visto que foi nesse sistema que se consolidaram os aspectos mais importantes do instituto e que, posteriormente, influenciaram suas primeiras aparições no ordenamento jurídico brasileiro.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, foi possível observar que seu surgimento se deu de um modo indireto, com uma primeira aparição, que sequer havia menção literal à expressão “*amicus curiae*”, na redação dada pela Lei 6.616 de 1978 ao artigo 31 da Lei nº 6.385 de 1976, que possibilitou a atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em julgamentos que fossem de sua alçada tecer apontamentos técnicos sobre alguma questão envolvendo suas atribuições fiscalizadoras. Como restou evidenciado no trabalho, as legislações que possuíam hipóteses de intervenção como “amigos da corte” tinham o objetivo de auxiliar os julgadores em casos nos quais esses intervenientes possuíssem propriedade para fornecer apontamentos, garantindo que a decisão proferida em determinado assunto esteja respaldada por argumentos técnicos confiáveis.

Redirecionando o tema ao controle concentrado de constitucionalidade, a atuação do instituto contou com uma primeira aparição literal no segundo parágrafo do artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que estabelece as regras mais específicas para o trâmite e julgamento da ADI e ADC no Supremo Tribunal Federal. Daí, então, iniciou-se a possibilidade de uma atuação mais significativa dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade.

O controle concentrado de constitucionalidade é uma função primordialmente exercida pelo STF, que consiste em avaliar se as leis e atos normativos estão em conformidade com a Constituição. Nesse contexto, o *amicus curiae* desempenha um papel essencial ao permitir a

participação de entidades, associações civis e órgãos com respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade, possibilitando a apresentação de diferentes perspectivas, conhecimentos técnicos e informações relevantes para enriquecer o debate perante os julgadores. Ao admitir a manifestação do *amicus curiae*, há uma ampliação da diversidade de vozes e pontos de vista, garantindo uma maior pluralidade de argumentos e contribuindo para uma decisão mais abrangente e fundamentada, visto que democratiza o acesso à justiça e fortalece a legitimidade das decisões proferidas pelo STF.

Além disso, o *amicus curiae* fornece subsídios técnicos, informações especializadas e elementos relevantes sobre as implicações político-jurídicas e econômicas de uma determinada decisão. Esse aporte contribui para uma análise mais completa e aprofundada das questões constitucionais em debate e possibilita aos julgadores uma melhor compreensão do impacto de suas decisões na sociedade como um todo. Em suma, o *amicus curiae* vem atuando dentro do controle concentrado de constitucionalidade como um interveniente crucial na garantia de uma justiça mais inclusiva e informada.

Concluídas as apresentações dos conceitos necessários para que o objetivo do presente trabalho fosse alcançado, iniciou-se uma concentração reflexiva que procurou estabelecer as relações entre o que foi apresentado como conceito de cidadania, hermenêutica constitucional e *amicus curiae* e a possibilidade de efetivação da própria cidadania, através de uma atuação do instituto do *amicus curiae* como uma ferramenta de hermenêutica constitucional.

Primeiro, faz-se necessário entender que a cidadania aqui pode ser compreendida como um gênero que tem como suas espécies os direitos fundamentais lastreados no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, se o que está sendo efetivado é um direito fundamental, por consequência, efetivar-se-á, também, a cidadania. Segundo, que a hermenêutica constitucional é o principal meio pelo qual os intérpretes, que no trabalho são mais bem representados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, podem exercer a vontade estabelecida na Constituição de efetivação da cidadania. Terceiro, que o *amicus curie*, insere-se neste cenário como aquele interveniente que pode influenciar no exercício hermenêutico dos referidos intérpretes, tendo potencial chance de atuar em prol da efetivação dos direitos decorrentes da cidadania, principalmente por possuir representatividade acerca do direito que está sob algum julgamento pelo STF.

Assim, prosseguiu-se com a análise reflexiva que pode comprovar a hipótese estabelecida em diversos aspectos apresentados no trabalho.

Dentro do contexto de conceituação do instituto, observou-se que o *amicus curiae* é um interveniente no processo judicial que fornece apoio técnico e amplia o acesso à justiça,

permitindo que afetados pela decisão judicial apresentem seus argumentos. Assim, desempenha um papel crucial na pluralização do debate constitucional, compartilhando conhecimentos técnicos e esclarecendo as impressões de cidadãos e grupos sociais envolvidos, contribuindo para uma decisão judicial mais fundamentada e inclusiva. Ou seja, apenas com base na conceituação estabelecida, já foi possível afirmar que o instituto pode, sim, ser utilizado como uma ferramenta da hermenêutica constitucional.

Na análise sobre sua natureza jurídica, foi visto que o instituto possui mais de uma e que para o fim que o presente trabalho se comprometeu, a que se ressalta é a natureza jurídica de *custus legis*, visto que o instituto, ainda que atue na defesa dos interesses de alguma parte envolvida no processo, sempre se utiliza de amparo os direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Essa análise da natureza jurídica do instituto reforça sua função como uma ferramenta para promover a cidadania, principalmente, quando, em uma ação no controle concentrado de constitucionalidade, é necessária sua atuação para defender um direito constitucional, o que pode auxiliar os julgadores.

Para que o exercício reflexivo tivesse seu desfecho, houve, também, a análise do termo “ferramenta”, que, em respeito ao recorte temático e à metodologia utilizada no presente trabalho, extraiu-se como principal sentido, e que serve ao presente estudo, aquilo que pode ser algo não material a ser utilizado para melhorar o entendimento e o modo de percepção de alguma tarefa ou de melhorar a capacidade de exercer alguma função. Deste modo, em situações em que um julgamento envolva um direito decorrente da cidadania, é possível que o sistema jurisdicional constitucional enfrente deficiências ou limitações durante o processo e para resolver esses problemas. Uma das soluções viáveis é permitir a intervenção do *amicus curiae*, visto que esta pode realmente interferir para realizar um julgamento mais justo e, por consequência, ajudar a proteger um direito relacionado à cidadania que estava em risco. Isso reforça, novamente, que o instituto tem potencial para atuar efetivamente como uma ferramenta na concretização de direitos.

Conclui-se, dos diversos pontos analisados pelo trabalho, que o instituto do *amicus curiae* pode, sim, ser utilizado como uma ferramenta da hermenêutica constitucional para a efetivação da cidadania. A conclusão advém de diversas análises contidas no corpo de trabalho que envolvem, principalmente, a própria Constituição Federal de 1988 com estipulações em defesa da cidadania, a incumbência destinada ao Poder Judiciário para a defesa e efetivação destas estipulações, a própria conceituação de *amicus curiae*, a sua natureza jurídica, a sua atuação dentro do controle concentrado de constitucionalidade, fortemenete influenciada pela

teoria estabelecida por Peter Häberle, e, por fim, a melhor ideia, que se encaixa ao presente estudo, do que pode ser entendido por ferramenta.

Assim, como resultado da proposta metodológica estabelecida, confirma-se que a hipótese oferecida foi dedutivamente confirmada. Entretanto, para que o trabalho não contasse com uma confirmação advinda apenas reflexões teóricas sobre o assunto, houve uma outra comprovação da hipótese através do estudo qualitativo de um caso concreto, como forma de ilustrar tudo o que foi demonstrado teoricamente no corpo do trabalho.

Deste estudo feito a partir do julgamento da ADI nº 4.277-DF e da ADPF nº 132-RJ, em que houve o entendimento de que a união entre homossexuais pode ser reconhecido como entidade familiar, observou-se clara influência da atuação de personagens na qualidade de *amicus curiae* como ferramenta da hermenêutica constitucional na efetivação da cidadania.

Ao ser traçado um paralelo entre o caso e a teoria apresentada no presente trabalho, há a demonstração inequívoca de mais uma forma de comprovação da hipótese. A ideia de efetividade da cidadania, no caso, pode ser representada pela busca da efetivação do direito à identidade pelos homossexuais. A atuação do *amicus curiae* pode ser representada pela atuação de diversas entidades que representavam, em maioria, a comunidade que abarca os homossexuais, com atenção especial à atuação do Grupo Arco-Íris (GAI). Atuando verdadeiramente como uma ferramenta da hermenêutica constitucional, o GAI influenciou diretamente a votação dos Ministros do STF que, por unanimidade, efetivaram o direito à identidade que estava sendo ameaçado e reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar.

Conclui-se, portanto, que a hipótese levantada pode ser comprovada não só na teoria, mas, também, na prática. Entretanto, para que o estudo possa ser aprofundado, seria interessante analisar se esta atuação como ferramenta está ou não sendo utilizada da melhor forma, podendo este ser realizado através de um estudo empírico das diversas atuações já existentes e que extrapolam o controle concentrado de constitucionalidade.

De todo modo, espera-se que a presente pesquisa contribua para uma melhor compreensão do papel do *amicus curiae* na hermenêutica constitucional e que seus resultados sirvam para aprimorar a utilização desse instituto em benefício da efetivação dos direitos dos cidadãos na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA DE CIÊNCIAS DE LISBOA **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea**. Lisboa: Verbo. 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALLEGRETTI, Giovanni (9 min). **Democracia Participativa, por Giovanni Allegretti**. Publicado pelo canal TV DA DEMOCRACIA, 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sIMAPgFVcCg>> Acesso em: 18 jun. 2022.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Latina**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Giovanni. **Trabalho, corpo e subjetividade: Toyotismo e formas de precariedade no capitalismo global**. Trabalho, Educação e Saúde, v. 3, n. Trab. Educ. saúde, 2005 3(2). Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tes/a/GsSvG7FXBNNzcZkrg9V9cvB/?lang=pt&format=pdf>> Acesso em: 12 jan. 2022.

AMARAL, Thiago Bottino. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ. Apresentação dos memoriais, 2008**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18456/2008_dez_memorial_d_e_amicus_gai_adpf_132_uniao_homoafetiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 mar. 2023.

AMARAL, Thiago Bottino. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ. Requerimento de ingresso como amicus curiae, 2008**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

AMARAL, Thiago Bottino (7:15 min). **Thiago Bottino apresenta no STF Memorial feito por alunos da FGV DIREITO RIO pela união homoafetiva**. Publicado pelo canal FGV, 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_mj0Yj-8pfw> Acesso em: 25 jun. 2023.

ANGELL, Ernest. **The amicus curiae: American development of English institutions**. The International and Comparative Law Quarterly, v. 16, London: The British Institute of International and Comparative Law, 1967.

ARAÚJO, Cícero (49 min). **Na Íntegra – Cícero Araújo – “A cidadania no Brasil: o longo caminho” de José Murilo de Carvalho**. Publicado pelo canal UNIVESP, 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CmCNz53F_Ig&t=1642s>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARRUDA, José Jobson. **O sistema feudal. História Integrada: da Idade Média ao nascimento do mundo moderno**. V. 2, São Paulo: Ática, 1996.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. St. Paul: Minn. West Publishing, 1968.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

BORNHEIM, Gerd. **Ética – o drama burguês (1min30s)**. TV Cultura, São Paulo: 1993. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5AQNuMgvnt0>> Acesso em 05 jul. 2022.

BOTELHO, Marcos César **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965**. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 15 de jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 150, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-3-17-marco-1993-354966-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 07 de set. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973**. Institui o Código de Processo Civil (revogada). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 1 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 6.385, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 6.616, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1978**. Acrescenta artigos a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm#art1>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 02 dez. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 5 ago. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.** 3. Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Da legitimidade do IASP como *amicus curiae*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – 140 anos, v. 34, jul.-dez. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial.** Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 234, p. 111–142, 2003. DOI:

10.12660/rda. V234.2003.45149. Disponível em:
<<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45149>.> Acesso em: 24 jan. 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COELHO, I. M. **As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro**. Direito Público, [S. l.], v. 1, n. 6, 2010. Disponível em:
<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1362>.> Acesso em: 18 jun. 2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos de interpretação constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. De tomo). 1. Ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:
<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>> Acesso em: 14 set. 2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 227, p. 163-186, out./dez. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10 ed. São Paulo: Savaiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 1993, n. 28-29], pp. 85-106. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>> Acesso em: 17 jun. 2022

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais da hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes Matos. São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Democracia e Socialismo**. São Paulo: Cortez, 1992.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Cidadania e Modernidade**. São Paulo: Revista Perspectivas, nº 22, 1999.

CRISCUOLI, Giovanni. **Amicus Curiae**. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, ano XXVII, n. 1, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado: introduccion al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. 1ª ed. 2007. 2ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2022.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira**. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <10.11606/T.2.2009.tde-06102010-154809>. Acesso em: 20 set. 2020

Equipe editorial de Conceito.de. (28 de Março de 2013). Atualizado em 12 de Fevereiro de 2021. Ferramenta – O que é, conceito e definição. Conceito.de. Disponível em: <<https://conceito.de/ferramenta>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FARIA, Ernesto (org.). **Dicionário escolar latino-português**. 3ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Departamento Nacional da Educação – Campanha Nacional de Material de ensino, 1962.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8 ed. Elaine Nassif. 1 ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4 ed. Madri: Editorial Trotta S.A., 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, 2003.

GASPARDO, Murilo. **O parlamento e o controle do poder político**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi:10.11606/D.2.2009.tde-20052011-163259. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20052011-163259/publico/Murilo_Gaspardo_Dissertacao.pdf> Acesso em: 25 jul. 2022.

GÓMEZ, José María. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000.

GORENDER, J. **Globalização, tecnologia e relações de trabalho**. Estudos Avançados, [S. l.], v. 11, n. 29, p. 311-361, 1997. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8986>> Acesso em: 23 jul. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÄRBELE, Peter. **El Estado Constitucional**. Traducción: Héctor Fix-Fierro. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Versión Española de Teresa Alberó. 1 ed. Alianza Editorial: Alianza Univ., 1990.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 16ª. Edição. Rio de Janeiro, 1980.

KRISLOV, Samuel. **The amicus curiae brief: from friendship to advocacy**. The Yale Law Journal. New Haven: Yale University press, v. 72, n. 4, 1963.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. Ed. Lisboa 1 Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2012.

LEBRUM, Gerard. **O que é poder**. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

LEME, Ernesto. **Direito Civil comparado**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 55, 1960.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Introdução de J.W. Gough; Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATTOSO, Katia M. de Quirós. **Ser escravo no Brasil**. Tradução de Sônia Fuhman. Petrópolis: Vozes LTDA, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

MEDINA, Damares. **Amigo da corte ou amigo da parte? Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal**. 2022. 214 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional). – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília-DF, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Influência De Peter Häberle No Constitucionalismo Brasileiro. Rei – Revista Estudos Institucionais**. [S.l.], v. 2, n. 1, p. 30-56, jul. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em:
<<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/48>> Acesso em: 21 ago. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltstfinternacional/portaltstfagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle__pronunciamento__3_1.pdf> Acesso em 15 ago. 2022.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luiza R. Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

PATRUS, R. D. **O amicus curiae como instrumento de democratização da jurisdição constitucional brasileira**. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 2, 2013. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/861/611>> Acesso em: 23 jan. 2023.

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros. Revista de Processo nº 109. São. Paulo, 2002. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16821/amicus_curiae_intervencao_pereira_SEN_ADO_FEDERAL_ABERTO.pdf> Acesso em 14 mar. 2023.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2005.

Ramos, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil : perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZABONI, Olívia Ferreira. Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <doi:10.11606/D.2.2009.tde-28062010-090023>. Acesso em: 23 jan. 2023.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RI JÚNIOR, Arno Dal. **História do direito internacional; Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

RIO DE JANEIRO. DECRETO-LEI Nº 220 DE 18 DE JULHO DE 1975. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/83b1e11a446ce7f7032569ba0082511c/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>> Acesso em: 15 fev. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, s/d.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. ver., atual. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A Hermenêutica constitucional: Instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica**. In Revista dos Tribunais. Ano 86 V. 741, julho, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. Ed., ver.e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVESTRI, Elisabetta. **L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile n. 3. Milano: Giuffrè, set. 1997.

SINGER, Paul. **A cidadania para todos**. In: História da cidadania. (orgs). Jayme Pinsky & Carla B. Pinsky. São Paulo: Contexto, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 165-166.

SULLA, João Antônio Barbieri. **Amicus curiae: análise e perspectivas no processo civil brasileiro**.; orientador José Carlos Baptista Puoli – São Paulo, 2017. 380 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF**. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 27 dez. 1993. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>> Acesso em: 26 fev. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 4 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>> Acesso em: 26 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130-DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Despacho: 20 dez. 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho77782/false>> Acesso em: 26 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 05 maio 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>> Acesso em: 29 mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança nº 21729-4-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 05 out. 1995. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>> Acesso em: 19 jan. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 219.780-PE**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 19 de dez. 2000. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248682>> Acesso em: 19 jan. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 418.416-8-SC**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 16 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>> Acesso em: 19 jan. 2023.

TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia para o ensino médio**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALE, André Rufino do.; MENDES, Gilmar Ferreira. **O Pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Direito Público**, [S. l.], v. 6, n. 28, 2010. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1615>> Acesso em: 4 jul. 2022.

WALZER, Michael. **Guerra, política y moral**. Barcelona: Paidós, 2001.

ZAMBON, Rodrigo Eduardo. **Direitos Humanos e Cidadania**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2015.

ZERON, Carlos. **A cidadania em Florença e Salamanca**. In: História da cidadania. (orgs). Jayme Pinsky & Carla B. Pinsky. São Paulo: Contexto, 2005.

ANEXOS

ANEXO A – EMENTA JULGAMENTO ADI Nº 4.277-DF⁵⁶

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 4 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 26 set. 2022.

*Supremo Tribunal Federal*Argo
f

05/05/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(s)	: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT
ADV.(A/S)	: MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO
ADV.(A/S)	: FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM
ADV.(A/S)	: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA
INTDO.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS
ADV.(A/S)	: REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR
INTDO.(A/S)	: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB
ADV.(A/S)	: JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S)

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO

Supremo Tribunal Federal

ADU
R

ADI 4.277 / DF

DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESIA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos

*Supremo Tribunal Federal*K442
h

ADI 4.277 / DF

ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo

ADI 4.277 / DF

terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

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

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação

*Supremo Tribunal Federal*144
f**ADI 4.277 / DF**

conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPE, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 05 de maio de 2011.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

ANEXO B – VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA ADI Nº 4.277-DF⁵⁷

⁵⁷ MELLO, Celso de. *In* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 4 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 26 set. 2022.

Supremo Tribunal Federal

1382
1

05/05/2011

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quero destacar, antes de mais nada, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator da presente causa, bem assim registrar a excelência dos pronunciamentos dos eminentes Juizes desta Suprema Corte que me precederam neste julgamento, além de ressaltar as valiosíssimas sustentações orais aqui produzidas, seja pelas partes, seja pelos terceiros que intervieram como "amici curiae".

Também não posso deixar de aludir à primorosa peça processual, da lavra da eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, que, agindo na condição de Procuradora-Geral da República, em exercício, propiciou o exame, por parte deste Tribunal, de uma relevantíssima questão de índole Constitucional.

I. A intervenção do "amicus curiae": fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal

Com a efetiva atuação das partes e, ainda, com a intervenção de diversas entidades e instituições representativas da sociedade civil, pluralizou-se o debate constitucional em torno da

ADI 4.277 / DF

matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (GUSTAVO BINENBOJM, "A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira", 2ª ed., 2004, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, "Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais", p. 64/81, 2000, Atlas; DAMARES MEDINA, "Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?", 2010, Saraiva, v.g.), quando no exercício de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.

Este Supremo Tribunal, no desempenho da jurisdição constitucional, qualifica-se - tal como salienta o eminente Ministro GILMAR MENDES ("Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade", p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) - como "mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional", em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, "As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional

Supremo Tribunal Federal

1384

r

ADI 4.277 / DF

no Direito Brasileiro". "in" RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável deficit de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no exercício, em abstrato, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.

É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica.

Feitas tais considerações, passo a examinar, Senhor Presidente, a relevantíssima questão constitucional ora em julgamento, pedindo licença, no entanto, para breve digressão histórica em torno do tema subjacente à presente causa.

Supremo Tribunal Federal

1385

f

ADI 4.277 / DF

II. A repressão ao "pecado nefando": do "Liber Terribilis" das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar

Se revisitarmos a legislação reinal que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e analisarmos as punições cominadas no Livro V das Ordenações do Reino, conhecido como "Liber Terribilis", tal o modo compulsivo com que esse estatuto régio prodigalizava a pena de morte, iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa) com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.

É interessante observar que as Ordenações do Reino as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) -, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como "pecado nefando" (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como "coisa indigna de se exprimir com palavras: coisa da qual não se pode falar sem vergonha", cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do "supplicium extremum" aos autores dessas práticas sexuais tidas por "desviantes", como revela VERONICA DE JESUS GOMES, em Dissertação de Mestrado ("Vício dos Clérigos: A

ADI 4.277 / DF

Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Officio de Lisboa", Niterói, UFF, 2010):

"As 'Ordenações' do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as 'Ordenações Afonsinas'. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As 'Ordenações Manuelinas' (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que 'todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor'.

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, 'em segredo ou em publico'. Aquela que soubesse de algum 'desviante' e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, 'e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)'. As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de

ADI 4.277 / DF

seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao 'descobridor', quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

.....
Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudesce. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as quais 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverância do peccado':

(...)

Duas testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As 'Ordenações Afonsinas' observaram apenas os atos sodomíticos em si e as 'Ordenações Manuelinas' incluíram as mulheres, a bestialidade (gratificada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os 'tocamentos desonestos' não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galês ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou 'vacilantes' foi um procedimento

ADI 4.277 / DF

judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).

Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as 'Ordenações Manuelinas' aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com 'medo da dor', ratificasse uma falsa confissão. (...).

As três 'Ordenações' não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. As chamadas 'Leis Extravagantes' também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma 'Lei Extravagante', promulgada por D. Sebastião, ditava que 'as Pessoas, que com outras do mesmo sexo cometerem o peccado de molície, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado'. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com barão e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de 'melhor qualidade', seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, 'perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios'." (grifei)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT ("Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial").

ADI 4.277 / DF

Naquela fase de nosso processo histórico, no entanto, não foram apenas as autoridades seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento aos homossexuais. Também a Igreja, a partir de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra "Confissões da Bahia"), reprimiu-os e puniu-os, severamente, em nosso País, como se vê dos documentos que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem, por exemplo, à Primeira Visitação do Santo Ofício (1591) e que teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Purtado de Mendonça, consoante relata MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO ("A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil"):

"As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.

A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em

Supremo Tribunal Federal

1390
f

ADI 4.277 / DF

pô, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis." (grifei)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício somente tenha ocorrido no final do Século XVI, com a sua Primeira Visitação à Bahia (1591), o fato é que, culminando um processo de negociações diplomáticas iniciadas, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, a Inquisição foi instituída, em Portugal, no reinado de D. João III, pelo Romano Pontífice, Paulo III, que promulgou a Bula "Cum ad nihil magis", de 23/05/1536, que restaurou anterior documento pontifício, com igual denominação e finalidade, editado, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, "Religião e Ordem Social", "in" Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, "Os Equilíbrios Sociais do Poder", "in" História de Portugal, organizada por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), refletiu, naquele momento histórico, a forte influência resultante do Concílio de Trento (1545-1563), cujas deliberações - as denominadas resoluções tridentinas - exacerbaram, ainda mais, a reação hostil ao comportamento homossexual, valendo rememorar, por oportuno, o registro feito por VERONICA DE JESUS GOMES (op. cit.):

"Marcado por 'um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando

Supremo Tribunal Federal

1391
K

ADI 4.277 / DF

mesmo a interpenetrar-se', o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como 'tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio'.

.....
Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo 'Concílio de Trento', não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos 'desvios morais', isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguiu a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus." (grifei)

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os primórdios de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, "Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome", experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, como resulta claro da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses (CPM, art. 235), o que tem levado alguns autores (MARIANA BARROS

Supremo Tribunal Federal

4332

~

ADI 4.277 / DF

BARREIRAS, "Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM", "in" "Boletim IBCCRIM, ano 16, n° 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, "Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?", v.g.) a sustentar a inconstitucionalidade material de referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

III. O reconhecimento, por imperativo constitucional, da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar

Os exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine,

Supremo Tribunal Federal

1293

f

ADI 4.277 / DF

que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que designale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

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 'urídica 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.

Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual.

Supremo Tribunal Federal

1394

^

ADI 4.277 / DF

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.

Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna

Supremo Tribunal Federal

1395

K

ADI 4.277 / DF

imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

É por tal razão que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis

*Supremo Tribunal Federal*1396
Y

ADI 4.277 / DF

fórmulas preconceituosas, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homocerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAR/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "Unões Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" n.º 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Cumpre rememorar, neste ponto, tal como eu já o fizera em decisão por mim proferida na ADI 3.300-MC/DF, de que fui Relator, a

Supremo Tribunal Federal

1397

↓

ADI 4.277 / DF

notável lição ministrada pela eminente Desembargadora, hoje ilustre Advogada, MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque:

"A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua

Supremo Tribunal Federal

1388

f

ADI 4.277 / DF

entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, **mister reconhecer** a existência de uma união estável. **Independente** do sexo dos parceiros, **fazem jus** à mesma proteção.

Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, **incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos** que merecem as demais relações afetivas. **Essa é a missão fundamental da jurisprudência**, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)." (grifei)

Vale destacar, ainda, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas."

(Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TRIEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei)

Supremo Tribunal Federal

1389

f

ADI 4.277 / DF

"(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão."

(Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA - grifei)

*Supremo Tribunal Federal*1400
f

ADI 4.277 / DF

IV. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão que legitima a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar

De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido.

Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de "silêncio eloquente", capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, "como entidade familiar" (CF, art. 226, § 3º).

Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), cuja lição, apoiando-se em consistente

Supremo Tribunal Federal

1401

h

ADI 4.277 / DF

interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, **corretamente enuncia** o exato sentido da norma constitucional em referência:

"Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual 'para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.'"

Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argumento, que se apegava exclusivamente na literalidade do texto, não procede.

Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. (...).

No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente 'Dos Princípios Fundamentais'. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros.

Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos

Supremo Tribunal Federal

4402

↑

ADI 4.277 / DF

vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade.

(...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais.

Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento.

.....
Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, 'a contrario sensu', o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais." (grifei)

O eminente Professor (e Advogado) Luís Roberto Barroso, por sua vez, expondo esse mesmo entendimento e ao também afastar a objeção fundada na estrita literalidade do texto normativo inscrito no § 3º do art. 226 da Constituição (que se refere à união estável "entre o homem e a mulher"), expendeu, a meu juízo, considerações que corretamente enfatizam que essa alusão à diversidade de gênero "não traduz uma vedação de extensão do mesmo regime às relações

Supremo Tribunal Federal

1403

f

ADI 4.277 / DF

homoafetivas", pois - segundo assinala esse ilustre jurista -, "Extraír desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento" (grifei).

E aduz, ainda, em seu douto magistério:

"Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão 'união estável entre o homem e a mulher' importa, 'a contrario sensu', em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição - e uma restrição preconceituosa - de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional." (grifei)

Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que

Supremo Tribunal Federal

1404

F

ADI 4.277 / DF

consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

V. 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

Examino, agora, Senhor Presidente, tema que, intimamente associado ao presente debate constitucional, concerne ao relevantíssimo papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica.

Em um dos memoriais apresentados a esta Suprema Corte (e, aqui, refiro-me, de modo particular, àquele produzido pelo Grupo

Supremo Tribunal Federal

1405

(

ADI 4.277 / DF

Arco-íris de Conscientização Homossexual), **pôs-se em relevo** a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, **considerada** a circunstância de que as pessoas **que mantêm** relações homoafetivas **representam** "parcela minoritária (...) da população", **como esclarecem** dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 **e que registram a existência declarada**, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais.

Esse aspecto da questão **talvez explique** a resistência que as correntes **majoritárias** de opinião, **representadas** no Congresso Nacional, **opõem** às propostas de incorporação, **ao sistema** de direito positivo, **de inovações** fundadas nas transformações **por que passa** a sociedade contemporânea.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado **inferno**, **no que se refere** à qualificação da união estável homoafetiva **como** entidade familiar, **à necessidade** de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro **de submissão** de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que**

Supremo Tribunal Federal

1406

1

ADI 4.277 / DF

compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.

É por isso que tenho por inteiramente procedentes as observações que fez, em precisa abordagem do tema, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual:

"O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre da limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas - suprimindo direitos necessários à participação política de determinados cidadãos - é igualmente vedado a essa maioria que deixe

Supremo Tribunal Federal

1407

t

ADI 4.277 / DF

de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, o Poder Legislativo - representando a maioria da população brasileira - exclui, marginaliza e diminui o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. Retira-lhes a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (...), nem a maioria, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, está acima da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições desarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais." (grifei)

*Supremo Tribunal Federal*R08
r

ADI 4.277 / DF

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

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena

Supremo Tribunal Federal

1403
f

ADI 4.277 / DF

legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA ("Judiciário e Minorias", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

"A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso - por mecanismos que assegurem representação proporcional -, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

.....
Na democracia, governa a maioria, mas - em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos - ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se,

Supremo Tribunal Federal

1440
K

ADI 4.277 / DF

à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

.....
É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.

.....
Se a maioria souber que - por obstáculo constitucional - não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...)." (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a "Majority rule" e as "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que

Supremo Tribunal Federal

1411
1

ADI 4.277 / DF

não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias** políticas vencidas nas eleições. O **princípio majoritário** é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O **princípio democrático** não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a **opressão das minorias**, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o **devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis de liberdade e de igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas 'Considerations on Representative Government', quando fala da verdadeira e da falsa democracia ('of true and false Democracy'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.' (grifei!)

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

*Supremo Tribunal Federal*K42
f

ADI 4.277 / DF

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Desse modo, e para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias

Supremo Tribunal Federal

1443

K

ADI 4.277 / DF

fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia - consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, "Fundamentos de Direito Constitucional", p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) - o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Dai a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na petição inicial que subscreveu na condição de Procuradora-Geral da República:

"Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito - como os homossexuais - que não são devidamente protegidas nas instâncias políticas majoritárias. Afinal, uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias.

13. Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando a garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de verem reconhecidas oficialmente as uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extra-patrimoniais disso decorrentes.

.....
88. É exatamente essa liberdade que se denega ao homossexual, quando não se permite que ele forme a sua

Supremo Tribunal Federal

1444

x

ADI 4.277 / DF

família, sob o amparo da lei, com pessoas do sexo para o qual se orienta a sua afetividade. Ao não conhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, o Estado compromete a capacidade do homossexual de viver a plenitude da sua orientação sexual, enclausurando as suas relações afetivas no 'armário'. Esta negativa, como salientou Luís Roberto Barroso, embaraça 'o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos.

89. É certo que as liberdades individuais, mesmo as de natureza existencial, não são de natureza absoluta. Como os demais direitos fundamentais, elas podem ser restringidas, de forma proporcional e razoável, em face de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

90. Contudo, como foi ressaltado em item precedente, não há qualquer interesse legítimo que justifique o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento em questão não afeta qualquer direito de terceiros ou bem jurídico que mereça proteção constitucional. A sua recusa consubstancia medida autoritária, que busca impor uma concepção moral tradicionalista e excludente a quem não a professa, vitimizando os integrantes de uma minoria que sofre com o preconceito social e a intolerância. Daí a grave ofensa ao princípio constitucional de proteção da liberdade." (grifei)

VI. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana

Enfatizo, na linha do que acentuei em passagem anterior deste voto, que a proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da

Supremo Tribunal Federal

1445

†

ADI 4.277 / DF

autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade.

Assume papel relevante, nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON

Supremo Tribunal Federal

1446
f

ADI 4.277 / DF

FACHIN, "Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", 2008, Renovar, v.g.).

Reconheço que o direito à busca da felicidade - que se mostra **gravemente** comprometido, quando o Congresso Nacional, **influenciado** por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas **destinadas** a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais - representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, *historicamente*, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

O texto dessa Declaração, *fortemente influenciado* pelas idéias iluministas, **precedidas**, no ponto, pelo pensamento de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores - como RAY RAPHAEL ("Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana", p. 125, **traduzido** por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) - mencionem o fato de que "Jefferson estava em condições de

Supremo Tribunal Federal

1417
1

ADI 4.277 / DF

aproveitar o trabalho de muitos outros, **inclusive** o de George Mason, **que acabara** de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia" (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER ("A Declaração de Independência dos Estados Unidos", p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental **inerente** a todas as pessoas:

"Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, **que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar**. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica." (grifei)

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de

*Supremo Tribunal Federal*1448
f

ADI 4.277 / DF

implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um "importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais", como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho ("O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal").

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em

Supremo Tribunal Federal

1419
f

ADI 4.277 / DF

alguns precedentes - como In Re Slaughter-House Cases (93 U.S. 36, 1872), Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. (111 U.S. 746, 1884), Vick Wo v. Hopkins (118 U.S. 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 U.S. 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479, 1965), Loving v. Virginia (388 U.S. 1, 1967), Zablocki v. Redhail (434 U.S. 374, 1978), v.g. -, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus "rulings" no conceito de busca da felicidade ("pursuit of happiness"), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo, no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo).

Supremo Tribunal Federal

R420
↑

ADI 4.277 / DF

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.

VII. O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos, representará o reconhecimento de que as conjugualidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais.

Supremo Tribunal Federal

R421
f

ADI 4.277 / DF

Incensurável, quanto a tal aspecto, a observação feita pela douta Procuradoria-Geral da República (fls. 20):

"Desta forma, conclui-se que não existem razões de peso suficiente que justifiquem qualquer discriminação contra os homossexuais, no que tange ao reconhecimento jurídico das uniões afetivas que mantêm.

69. Pelo contrário, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes nas relações estáveis entre pessoas de sexos opostos, que são, hoje, amplamente reconhecidas e protegidas pela ordem jurídica." (grifei)

Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.

Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS ("A Homoafetividade Como Direito", "in" "Novos Direitos", coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), de cuja lição extraio o seguinte fragmento:

"O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda

Supremo Tribunal Federal

R422

↑

ADI 4.277 / DF

transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derrogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais.

A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros." (grifei)

Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey - GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso", p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas - MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, v.g.), valendo destacar, em razão de sua extrema pertinência, a ênfase que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI ("Manual da Homoafetividade", p. 220/221, item n. 2.5.3,

ADI 4.277 / DF

2008, Editora Método) atribui ao afeto, nele divisando verdadeiro "princípio jurídico-constitucional":

"(...) mudou-se o paradigma da família: de uma entidade fechada dentro de si, válida por si mesma, passou a existir somente em função do amor entre os cônjuges/companheiros, tendo em vista que a sociedade passou a dar mais relevância à felicidade, portanto à afetividade amorosa, do que à mera formalidade do casamento civil ou a qualquer outra forma preconcebida de família.

Nesse sentido, o reconhecimento do 'status' jurídico-familiar da união estável, por si, alçou o afeto à condição de princípio jurídico implícito, na medida em que é ele, afeto (amor romântico, no caso), o motivo que faz com que duas pessoas decidam manter uma união estável. O elemento formador da família contemporânea é o 'amor familiar', mas é o amor romântico que dá o passo inicial para a constituição da união estável, embora haja outros argumentos a corroborar a afirmação de que o afeto é um princípio jurídico.

.....
 (...) Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, 'o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e,

Supremo Tribunal Federal

4424
T

ADI 4.277 / DF

ainda, da própria união estável', que tem, nele, o principal elemento para reconhecimento do 'status' jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas." (grifei)

Também o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO (op. cit., p. 643) revela igual percepção em torno dessa particular questão, reconhecendo, no afeto, enquanto valor jurídico-constitucional, um elemento fundamental (e preponderante) na esfera das relações do direito de família, inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo:

"Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais." (grifei)

VIII. Princípios de Yogyakarta: o direito de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero

Torna-se importante assinalar, por relevante, que a postulação ora em exame ajusta-se aos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a

Supremo Tribunal Federal

1425

†

ADI 4.277 / DF

coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe:

"DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

.....

*Supremo Tribunal Federal*1426
r

ADI 4.277 / DF

f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo; (...)." (grifei)

IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito

Supremo Tribunal Federal

1427

ADI 4.277 / DF

incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia

Supremo Tribunal Federal

1428

f

ADI 4.277 / DF

governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non prestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)."

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público, que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por Pimenta Bueno ("Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos (José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 217/218, 1986, Max Limonad; Pontes de Miranda, "Comentários à

Supremo Tribunal Federal

1429

↑

ADI 4.277 / DF

Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.), em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo.

O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários.

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.

Supremo Tribunal Federal

1430
f

ADI 4.277 / DF

Dai a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, que representa verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País.

Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, o amparo das liberdades públicas (com a conseqüente proteção dos direitos das minorias), a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com

*Supremo Tribunal Federal*4131
R

ADI 4.277 / DF

idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

É o meu voto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) -
Ministro Celso, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Uma autodeclaração de sessenta mil casais. Dá para supor que o número é bem maior do que esse.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

ANEXO C – MEMORIAIS DO GRUPO ARCO-IRIS NA QUALIDADE DE *AMICUS CURIAE* NA ADPF Nº 132-RJ⁵⁸

⁵⁸ AMARAL, Thiago Bottino. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ. Apresentação dos memoriais, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18456/2008_dez_memorial_de_amicus_gai_adpf_132_uniao_homoafetiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 mar. 2023.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL RELATOR DA ADPF Nº 132/RJ,
DOUTOR CARLOS AYRES BRITTO.**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenação de
Processamento Judicial
19/12/2008 11:51 179449

CÓPIA

Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual (GAI), já qualificado nos autos da presente ação de descumprimento de preceito fundamental, vem a Vossa Excelência, por seu advogado, com fundamento no §2º do art. 6º da Lei nº 9.882/1999 e na forma do despacho publicado no DJE de 20/08/2008, requerer a juntada do incluso **MEMORIAL DE AMICUS CURIAE**. Reitera, outrossim, os requerimentos apresentados quando de seu pedido de admissão nos autos, sobretudo o de que seja autorizada a realização de sustentação oral na sessão de julgamento.

Termos em que,

Pede juntada e Deferimento.

De Rio de Janeiro para Brasília, 15 de dezembro de 2008.

Thiago Bottino

Adv. 102.312 OAB/RJ



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132/RJ

Memorial apresentado pelo

GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL

Pelo conhecimento e provimento integral do pedido.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



ÍNDICE

1 – Introdução

- 1.1 – O Supremo Tribunal Federal e a pedagogia dos direitos fundamentais.
- 1.2 – O Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e a pedagogia dos direitos fundamentais.

2 – Contribuições ao julgamento da causa

- 2.1 – Da violação à dignidade humana, à liberdade e à igualdade.
- 2.2 – Da violação à segurança jurídica.
- 2.3 – Função contra-majoritária do Poder Judiciário no Estado democrático de direito
- 2.4 – Do direito internacional e supranacional

3 – Conclusão



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



I – INTRODUÇÃO

1.1 – O Supremo Tribunal Federal e a pedagogia dos direitos fundamentais.

Desde o início da década de 1990, o Brasil assiste a expansão do Poder Judiciário, assumindo funções próprias dos Poderes Executivo e Legislativo, deixando de lado seu tradicional papel passivo e passando a protagonizar modificações na organização sócio-econômica brasileira¹.

Sem dúvida, o fator preponderante que impulsiona o ativismo judicial brasileiro é o próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). A Constituição de 1988 refundou nosso Estado no postulado da dignidade humana e traçou como objetivos primordiais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se olvida que em uma democracia a elaboração das leis está diretamente ligada ao debate público entre os cidadãos, o qual é representado pelas discussões ocorridas no âmbito do Poder Legislativo. Mas é igualmente certo que em uma democracia constitucional, como é a brasileira, as escolhas do Poder Legislativo não são consideradas adequadas apenas em razão de quem

¹ “Eu creio, senhores, que nós observamos neste ano, e nestes últimos anos, um crescente protagonismo judicial, seja neste Tribunal, quando, além das questões técnicas específicas, oculta o controle da constitucionalidade se transformando também numa instância recursal da luta política. Por diversas vezes aqui examinamos o prolongamento da disputa política junto ao Congresso Nacional em relação à elaboração legislativa. Tivemos, em alguns casos, o uso da Ação Direta no sentido de ser um instrumento, inclusive para maior visibilidade de posições político-partidárias. Tivemos também o uso da ação direta por partidos políticos visando a busca do debate constitucional. Mas ao fim, um crescimento imenso da disputa judiciária como um prolongamento da disputa política trazendo o Supremo Tribunal Federal e as estruturas judiciárias para o centro do debate político nacional. Houve também durante esse período, principalmente a partir dos anos 90, uma progressiva judicialização das lesões de massa e dos debates de massa. Houve um acréscimo de funções no sistema judiciário exatamente porque passou o sistema judiciário a integrar a agenda nacional como um foco para o debate das grandes questões nacionais”. Discurso do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, na abertura do Ano Judiciário de 2005.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



detêm esses direitos, mas sim em função de como, quando e por que esses poderes são exercidos.

Isso significa que determinadas escolhas foram feitas no momento da fundação de uma nova sociedade e um novo Estado brasileiro – quando da elaboração da Constituição de 1988 – o que impede que o Poder Legislativo tome decisões que sejam incompatíveis com aquelas escolhas.

De igual modo, a ausência de decisões do Poder Legislativo é indiferente para a validade jurídica de determinadas escolhas que foram efetivamente feitas pelo poder constituinte originário.

No caso em tela, o GAI acredita que o povo brasileiro, por meio de seus constituintes, escolheu como preceitos fundamentais do novo Estado que se pretende construir a **igualdade**, a **liberdade**, a **dignidade**, a **segurança jurídica** e, ainda, a **impossibilidade de que se neguem tais direitos com base na orientação e identidade sexual de cada indivíduo**.

A afirmação dessas escolhas, dos valores em torno dos quais o povo brasileiro refundou seu Estado, dos direitos fundamentais que os cidadãos são titulares, compete ao Poder Judiciário. Ao garantir essas escolhas, o Supremo Tribunal Federal, atua como guardião das promessas feitas no momento da promulgação da Constituição. Ao nos lembrar e ao nos obrigar a respeitar tais compromissos, o Supremo Tribunal Federal promove a *pedagogia dos direitos fundamentais* e reafirma os valores que caracterizam o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Essa atuação do Supremo Tribunal Federal se dá, primordialmente, por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade e, sobretudo, por meio das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, em razão do



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



papel que essas cláusulas (preceitos fundamentais) possuem para a estruturação de um Estado democrático de direito.

Embora o conceito de preceito fundamental ainda esteja em construção, é certo que o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento de que nenhum conceito que vier a ser determinado excluirá os direitos e garantias fundamentais².

1.2 – O Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e a pedagogia dos direitos fundamentais.

A representação judicial do GAI nesses autos é feita pelo Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO).

O NPJ é o local em que se realiza o estágio curricular supervisionado do curso de graduação em direito da FGV DIREITO RIO. Pretende-se formar um profissional com perfil diferenciado, capaz de refletir criticamente sobre sua atuação social e promover mudanças importantes nas estruturas jurídicas necessárias ao desenvolvimento sócio-econômico nacional.

Por essa razão, também é função do NPJ da FGV DIREITO RIO contribuir para a *pedagogia dos direitos fundamentais*, ou seja, estimular nos alunos a reflexão sobre os valores mais importantes do Estado Democrático de Direito

² “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa do Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico” (ADPF 33-MC, voto do Min. Gómar Mendes, julgamento em 29.10.03, DJ de 6-8-04).



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



e a perspectiva da advocacia de interesses difusos ou coletivos e da potencial contribuição que o profissional do direito pode fornecer na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

O memorial de *amicus curie* adiante apresentado foi elaborado por um grupo de alunos de graduação, supervisionados por dois professores da Escola, todos adiante assinados, contando com a participação de vários colaboradores³. Não se pode deixar de registrar a participação dos ativistas e demais integrantes do Grupo Arco Íris na elaboração desse trabalho⁴.

II – CONTRIBUIÇÕES AO JULGAMENTO DA CAUSA

2.1 – *Da violação à dignidade humana, à liberdade e à igualdade.*

Busca-se perante esse Supremo Tribunal Federal uma manifestação acerca do direito das pessoas de amarem e de serem amadas, de construírem relações de afeto e de basearem suas decisões mais íntimas na certeza de que o ordenamento jurídico tratará todas as relações afetivas da mesma forma.

As discriminações propostas pela Constituição Federal diante do preceito da igualdade são no sentido de igualar os desiguais e não o contrário. Uma discriminação jurídica num Estado constitucional democrático no qual os direitos fundamentais constituem o próprio fundamento do Estado precisa

³ Imperioso registrar aqui o agradecimento a todos que colaboraram para que esse projeto fosse bem sucedido. Além dos alunos e professores que também subscrevem esse petição, destacamos a colaboração de Caio Farah Rodriguez, professor da FGV DIREITO RIO, idealizador e primeiro incentivador desse projeto, Lígia Fabris Campos, professora da FGV DIREITO RIO e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica, e Fernanda Medina Panteja, Tutora da FGV DIREITO RIO.

⁴ Agradecemos a todas as pessoas dos integrantes do GAI Cláudio Nascimento, Gilza Rodrigues da Silva e Julio Moreira.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



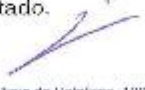
estar respaldada em motivos juridicamente relevantes que ampliem o acesso do maior número possível de cidadãos a direitos. A interpretação restritiva do Decreto-lei 220/75 faz exatamente o oposto.

O Supremo Tribunal Federal, sempre atento a tais nuances interpretativas, já se manifestou acerca da fundamentalidade do princípio da igualdade:

"O princípio da isonomia é auto aplicável e deve ser considerado sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei é exigência dirigida ao legislador, que no processo de formação da norma, não poderá incluir fatores de discriminação que rompam com a ordem isonômica. A igualdade perante a lei pressupõe a lei já elaborada e dirige-se aos demais poderes, que, ao aplicá-la não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório" (STF, RDA 183/143).

É fato incôgnvel que no Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em relacionamentos contínuos e duradouros, caracterizados pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. Não está dentro das atribuições ou possibilidades institucionais do Estado o poder de ditar a cada indivíduo que tipo de pessoa deve ser alvo de amor ou afeto.

Ao ignorar a realidade – de que as uniões estáveis homoafetivas existem – fere-se a o direito à liberdade individual de um grande contingente de pessoas. Aceitar isso como dado compatível com a Constituição é equivale dizer que a "Constituição cidadã" pretendeu excluir cidadãos do seu âmbito de proteção por razões da esfera privada dos indivíduos que em nada dizem respeito ao Estado.


Praça do Golefopo, 195, 8º andar - Rio de Janeiro RJ - Brasil - 22250-900
Tel: (55 21) 2555-5315 Fax: (55 21) 2555-5413 - www.diretario.fgv.br



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



Mas não basta assegurar que essa parcela da população tenha direito de se relacionar afetivamente com pessoas do mesmo sexo, estando livre de perseguições, punições ou humilhações como outrora. Em uma democracia, deve-se assegurar que outros direitos da vida civil não sejam afetados ou negados em razão do livre exercício da orientação sexual, sob pena do Estado restringir a liberdade de autodeterminação e de busca do bem individual e da felicidade de cada indivíduo que faz parte da sociedade.

Se a relação estável homoafetiva não goza da mesma proteção estatal que a relação estável heteroafetiva, pode-se afirmar que o Estado está criando obstáculos ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, introduzindo uma causa de opressão sobre a sociedade civil e criando um mecanismo que gera a desigualdade entre indivíduos em razão de sua orientação sexual.

Ao mesmo tempo, seria possível dizer que o Estado está alheio à realidade social, recusando o reconhecimento de que na sociedade brasileira são estabelecidas diversas relações estáveis homoafetivas que merecem ter seus direitos assegurados.

O Estado brasileiro não foi fundado a partir de uma única concepção moral ou religiosa. A sociedade brasileira não professa uma única fé, nem se orienta pelos mesmos valores morais. Cada vez mais, o povo brasileiro mostra-se heterogêneo, plural, diversificado. Essa é nossa riqueza, nosso maior valor. A multiplicidade de visões sobre o bem obriga à construção de uma sociedade tolerante e a transforma em uma sociedade de pessoas livres. Certamente, grupos que compartilham determinados valores religiosos ou morais têm assegurada a liberdade de existir, mas jamais de ditar a verdade ou o direito para o restante do povo brasileiro.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



Nesse sentido, pode-se dizer que se nosso povo tem valores comuns, eles são a liberdade e a igualdade, daí derivando a tolerância com as diferenças individuais⁵.

Por essa razão, não é suficiente que o Estado faça uma equiparação dessa relação afetiva com as sociedades de fato, como se uma relação de afeto pudesse ser tratada como uma relação comercial.

Considera-se que a dignidade humana do indivíduo é violada quando não se reconhece que as relações afetivas homossexuais merecem o mesmo tratamento jurídico conferido às relações heterossexuais. Não é adequado, nem justo, nem digno tratar esse tipo de relacionamento como uma sociedade de fato ou como parcerias registradas em cartório.

A recusa em equiparar as relações estáveis homoafetivas à união estável afeta de forma nefasta a dignidade humana quando reduz tais relações a um caráter meramente patrimonial.

Reconhecer direitos patrimoniais não tem de forma alguma o mesmo efeito que teria o acolhimento normativo das uniões estáveis homoafetivas. Isto porque o *animus* de constituição dos dois institutos é completamente divergente. Os direitos negados a esses casais excede em muito qualquer patrimonialização. A união estável homoafetiva, tanto quanto a união estável heteroafetiva, tem como pilar o sentimento de afeto.

⁵ - "Dizer que cidadãos são livres é dizer que, em verdade, que nenhuma doutrina moral compreensiva ou religiosa define a condição de membro da comunidade política; nem define a instituição dessa comunidade. Dizer que são iguais é dizer que cada qual é reconhecido como capaz da mesma participação na discussão pública voltada ao exercício do poder e autorizativa desse exercício". Livre tradução do original: "To say that citizens are free is to say, inter alia, that no comprehensive moral or religious view provide a defining condition of membership or the foundation of the authorization to exercise political power. To say that they are equal is to say that each is recognized as having the capacities required for participating in discussion aimed at authorizing the exercise of power" (COHEN, Joshua: *Procedure and substance in deliberative democracy*. In BENHABIB, Seyla (org.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press: New Jersey, 1994, p. 96).



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



Além de terem sua dignidade violada ao não serem tratados como uma família, os indivíduos que constituem uma união estável homoafetiva têm diversos outros direitos afetados, dos quais são exemplos:

- o acompanhamento do companheiro em hospitais;
- a decisão sobre procedimentos médicos de risco e demais decisões sobre a vida em comum quando o companheiro estiver incapacitado;
- a visita íntima nas prisões;
- o acompanhamento do companheiro servidor público transferido;
- a permanência no lar do companheiro em caso de sua morte;
- a decisão sobre os procedimentos fúnebres;
- as limitações legais em relação aos bens do casal (como a pensão alimentícia, a garantia quanto à meação dos bens em caso de dissolução da união, a possibilidade de declaração do companheiro como dependente para efeito do imposto de renda, união de rendas para aprovação de financiamentos bancários, entre muitos outros).

Todas essas situações exigem dos casais homossexuais esforços legais e incertezas que não são necessários, nem experimentados pelos casais heterossexuais para os quais todos esses direitos estão pressupostos e podem ser exercidos sem qualquer óbice. Na maioria das vezes, os casais homossexuais ficam reféns da compreensão dos funcionários públicos ou privados do local ou de decisões judiciais que podem ou não lhes reconhecer determinado direito.

A decisão de equiparar a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva influenciará no cotidiano de parcela representativa da população brasileira. Não se olvida os efeitos patrimoniais desse reconhecimento, mas a dignidade humana está ligada principalmente aos aspectos da vida cotidiana desses brasileiros; nos dias felizes e tristes de



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



cada relacionamento; nos direitos elementares que os casais adquirem ao decidirem formar uma vida em conjunto e partilhar com o parceiro os fatos da vida.

2.2 – Da violação à segurança jurídica.

É possível encontrar diversos exemplos de decisões judiciais de tribunais brasileiros que reconhecem a união estável homoafetiva como instituto jurídico análogo à união estável heteroafetiva.

Poder-se-ia transcrever inúmeros acórdãos de Tribunais de Justiça de diversos Estados e, recentemente, do Superior Tribunal de Justiça, decidindo que questões que envolvam tal matéria devem ser decididas em Varas de Família, e não em Varas Cíveis.

Outrossim, existem ainda em maior medida decisões que diuturnamente negam direitos a tais casais os mesmos direitos assegurados aos casais heterossexuais que, por isso, não necessitam de qualquer intervenção judicial para efetivá-los.

O caminho trilhado hoje, pelas uniões estáveis homoafetivas assemelha-se com a evolução do concubinato até seu aprimoramento como união estável heteroafetiva. Essa evolução percorreu um longo caminho, iniciado pela jurisprudência e, posteriormente, consolidado pela doutrina e pela lei.

Até meados do século XIX, por influência religiosa, estava disseminada a ideia de que apenas o casamento civil e religioso poderia ser aceito, sendo considerada imoral qualquer outro tipo de união informal, tal qual o concubinato –conhecido hoje como união estável. Nesse contexto, a união estável permaneceu à margem da lei, deixando aquele que se encontrava em tal situação fática, desprovido de direitos e segurança jurídica em relação ao instituto.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



Diversas eram as normas discriminatórias dispostas no Código Civil de 1916, as quais restringiam direitos daqueles que mantinham relações concubinárias (ou uniões estáveis, segundo a lei atual). Isso pode ser explicado pelo intuito do legislador em proteger somente a família formada pelo casamento, que era considerada legítima, deixando à margem da lei as demais formas de união, consideradas ilegítimas.

Com o passar do tempo, observou-se um progresso no reconhecimento dos direitos advindos da união estável, tal evolução do ordenamento jurídico se deu de forma lenta. Inicialmente, o instituto foi reconhecido pela legislação trabalhista (que equiparava a companheira à esposa nos casos de indenização de acidente de trabalho) e posteriormente as leis do inquilinato também estenderam o conceito de esposa à companheira; no entanto, tal proteção legal apenas se aplicava a casos muito específicos, deixando aqueles que se valiam da união estável em um cenário de incertezas jurídicas.

Durante longo período, a jurisprudência brasileira foi avançando na matéria. O Supremo Tribunal Federal cristalizou entendimentos favoráveis à união de pessoas não casadas em casos de indenização acidentária (Súmula 35); dissolução de sociedade de fato com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (Súmula 318); conceituação de concubinato mesmo sem vida em comum sob o mesmo teto (Súmula 382); disposição testamentária em favor de filho adulterino (Súmula 447); indenização por serviços prestados durante a vida concubinária, além de outras tendências que, na prática, levam a participação de certos direitos entre os partícipes da união informal e aqueles garantidos pelo diploma de casados.

Em 1988, no momento de refundação do Estado brasileiro como Estado democrático de direito, o constituinte optou por também conferir proteção



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



estatal às contendas de uniões não oriundas da celebração do casamento, reconhecendo a união estável como forma de constituição da família, para efeito de proteção do Estado (§3º, do art. 226, da Constituição).

Trata-se de norma cujo propósito inequívoco era ampliar o número de titulares dos direitos decorrentes da formação de uma família. Em momento algum o texto constitucional limita o conceito de família ao casamento civil entre homem e mulher. Essa é apenas uma forma de família, como também o são o casamento religioso, a união estável e a relação entre qualquer dos pais e seus descendentes.

Muito embora a união estável entre pessoas do mesmo sexo não tenha sido expressamente prevista, não se lhe pode negar o caráter de família. Não se exige que a Constituição preveja, de forma minuciosa e exaustiva, todas as formas possíveis de constituição de família; o que a Constituição faz é assegurar um conceito amplo de família, não o oposto. Nesse diapasão, uma interpretação que restrinja a proteção jurídica apenas às uniões estáveis heterossexuais contrariará a aspiração do constituinte e do povo brasileiro.

Entretanto, por não ter recebido também expressa proteção constitucional a união estável formada por pessoas do mesmo sexo, muitos se negam a reconhecê-la. No entanto, tal ausência de reconhecimento jurídico não se dá com base em nenhum princípio constitucional. Pelo contrário, fere diversos deles. Há que prevalecer a segurança jurídica em relação a todos que estão sujeitos ao mesmo ordenamento. Não é razoável garantir direitos a alguns, e deixar outros à margem da tutela estatal.

Vivemos num estado laico cujo objetivo principal é proteger a pessoa, tendo em vista seus direitos fundamentais. Desse raciocínio é possível extrair a conclusão que não é aceitável que cidadãos sejam privados de direitos sem uma fundamentação coerente, pelo simples fato de possuírem uma opção



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



sexual diversa daquela esperada pela por certas religiões ou por valores morais particulares de certos indivíduos.

Nesse cenário de incerteza jurídica, se faz extremamente necessária a definição, pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, se as uniões estáveis homoafetivas devem ser equiparadas, para fins de todos os direitos, às uniões estáveis heteroafetivas.

2.3 – Função contra-majoritária do Poder Judiciário no Estado democrático de direito.

O Poder Legislativo acompanha as mudanças e transformações da sociedade brasileira ao incorporar ao sistema jurídico novos anseios ou ao modificar regras para regular novas situações decorrentes do progresso tecnológico e da evolução social. Nesse sentido, as normas jurídicas são influenciadas por valores culturais dominantes em cada época, os quais se modificam de tempos em tempos, cabendo ao Poder Legislativo adaptar e mudar as normas dando o caráter mutável para elas poderem se adaptar a realidade de cada momento histórico e social.

Não obstante, a legitimidade democrática do Poder Legislativo fica comprometida quando uma maioria pretende submeter uma minoria. Essa opressão majoritária poderia ocorrer por meio da criação de leis que previsssem punições em virtude das características do grupo minoritário, como também pela resistência da criação de leis que protegessem esse mesmo grupo.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



No caso concreto, as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam parcela minoritária – embora significativa⁶ – da população. Nesse sentido, essa parcela do povo brasileiro não é capaz de fazer reconhecer esses anseios nos órgãos políticos representativos. Ocorre que o conceito de Estado democrático de direito não se coaduna com uma visão meramente formal de democracia.

A teoria política contemporânea é fortemente influenciada pela dicotomia entre as teorias liberal e comunitária. Para os liberais, os direitos fundamentais são pré-políticos (e, conforme variante teórica, tais direitos decorreriam da natureza humana, de valores universais ou de concepções políticas). Para os comunitários, o direito extrai sua validade exclusivamente do processo democrático, não havendo direitos pré-políticos.

Embora concorde com os comunitários na percepção da política como o espaço adequado de reflexão e formação de uma sociedade orientada para o bem comum (revelando-se como estrutura da comunicação pública voltada para o entendimento), o filósofo Jürgen Habermas critica a perspectiva comunitária em razão de sua dependência de cidadãos orientados para o bem comum, sustentando que as sociedades atuais são plurais e, portanto, incompatíveis com uma identidade coletiva de concepção de bem.

Com efeito, na concepção habermasiana, o que confere legitimidade à autodeterminação cidadã, à manifestação coletiva sobre valores, é o fato de que essa decisão coletiva provenha de um acordo racionalmente motivado e alcançado como consequência de um procedimento legislativo democrático. Por sua vez, o exercício da autonomia pública depende do reconhecimento

⁶ Não há uma mensuração exata do número de homossexuais no Brasil, no entanto, só em termos de casais do mesmo sexo vivendo sobre o mesmo teto são 17.560 pessoas de acordo com a Contagem da População, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A contagem identificou, pela primeira vez, que declararam ter companheiros do mesmo sexo atuando como chefe da casa. <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/12/21/materia.2007-12-21.2759783613/view>



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



da existência de um sistema de direitos⁷, sem o qual não haverá legitimidade nas relações estabelecidas por meio do direito positivo⁸.

Ao preconizar a "institucionalização dos procedimentos e pressupostos comunicativos", colocando o direito a meio caminho da moral e da política, Jürgen Habermas traz à discussão uma nova contribuição, denominada teoria crítico-deliberativa, e alertando para a necessidade de superação da tensão entre as visões liberal e comunitária. Fica evidente a existência de um limite substancial à soberania popular, consistente no sistema de direitos.

A concepção democrática da teoria crítico-deliberativa, ao impor limites substanciais à soberania popular, ecoa a preocupação de autores como Luigi Ferrajoli que sustentam a impossibilidade – tanto empírica como teórica – de se falar em outra democracia que não seja a democracia constitucional.

⁷ - "(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de liberdades subjetivas de ação. Esses direitos exigem como correlatos necessários: (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (...) (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo. (...) (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)" (HABERMAS, Jürgen: *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159/160).

⁸ - "É evidente que a regra da maioria desempenha um papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais, porém a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade. Portanto a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido o precomprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas super-constitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se auto-destruírem enquanto seres igualmente livres, portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana. (...) As cláusulas pétreas não precisam assim buscar no direito natural a sua fundamentação, mas prospectivamente retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as pré-condições fundamentais para a preservação da autonomia privada e pública dos cidadãos" (VIEIRA, Oscar Vilhena: *A constituição como reserva de justiça*. In *Luz Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 62, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997, p. 79/80).



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



A “democracia constitucional”, de que fala Ferrajoli, consiste no reconhecimento de uma dimensão substancial ao lado da dimensão formal da democracia, de modo que as leis devessem sua legitimidade a um processo de validação simultaneamente substancial e formal, representada pela coerência entre essa produção legislativa com os valores que animam a estruturação do Estado.

Tais elementos correspondem ao núcleo duro das constituições, encontrando-se na esfera daquilo que não está submetido à maioria e nem mesmo à unanimidade dos cidadãos. Para Ferrajoli, são os direitos fundamentais constitucionalmente fixados que constituem as normas substanciais que condicionam a validade substancial da produção legislativa.

O papel desempenhado pelos direitos fundamentais na restrição da soberania popular decorre limitação imposta pelo princípio do Estado de direito, que não admite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular e do fato de que uma dimensão formal de democracia não está habilitada para proteger efetivamente o funcionamento democrático do Estado⁹.

Portanto, da mesma forma que se veda à maioria que faça determinadas escolhas – suprimindo direitos necessários à participação política de

⁹ - “La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una dimensión sustancial, que se añade a la dimensión formal o política tradicional. Quien dice que dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.” (FERRAJOLI, Luigi: *Dispositivismo crítico y democracia constitucional*. In *ISONOMÍA*, n° 16, Alicante: Universidade de Alicante, 2002, p. 12/13).



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



determinados cidadãos – é igualmente vedado a essa maioria que deixe de tomar decisões necessárias à efetivação da igualdade entre os indivíduos.

Ao não estabelecer regras jurídicas que regulem a construção de uma vida afetiva em comum pelos casais homossexuais, o Poder Legislativo – representando a maioria da população brasileira – exclui, marginaliza e diminui o papel social dos indivíduos que mantêm relações homoafetivas. Retira-lhes a condição de igualdade necessária para que possa haver igualdade de participação no debate público.

Para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Judiciário é mais uma vez chamado a tomar tal posição de vanguarda, garantindo o livre exercício da liberdade e igualdade, atributos da cidadania, e principalmente a dignidade humana. É preciso atuar onde não há certeza e efetividade do sistema nas relações privadas, em prol dessas garantias.

Com efeito, não pode o Estado democrático de direito conviver com o estabelecimento de uma diferença entre pessoas e cidadãos com base em sua sexualidade. Assim como é inconstitucional punir, perseguir ou impedir o acesso dos homossexuais a bens sócio-culturais e é igualmente inconstitucional excluir essa parcela de cidadãos do direito à segurança em suas relações afetivas.

São irrelevantes, do ponto de vista jurídico, as opiniões morais ou religiosas que condenam as relações homossexuais. Ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico hoje nos órgãos políticos representativos (Congresso Nacional e Presidência da República), nem a



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



maioria, nem mesmo a unanimidade dessas opiniões, está acima da Constituição.

Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: de atuar como poder contra-majoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das majorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais.

2.4 – Do direito internacional e supranacional

No que diz respeito à possibilidade de igual tratamento jurídico a homossexuais, é interessante estabelecer um paralelo entre o direito brasileiro e a *equal protection doctrine*, proveniente do direito norte-americano. A cláusula de igualdade foi introduzida na Constituição dos EUA por meio da 14ª Emenda, redigida em 1868, logo após a Guerra Civil, cujo objetivo principal era garantir direitos para os ex-escravos¹⁰.

Essa emenda foi responsável por trazer uma ampla definição de cidadania para o país e determinava que os estados federados incorporassem a igualdade de todos os cidadãos perante a lei para todos no âmbito da jurisdição estadual.

¹⁰ - A Guerra Civil dos Estados Unidos da América durou de 1861 a 1865 e teve como mais principal a questão da escravidão dos negros, um tema que vinha gerando conflitos armados desde 1850. Em 1857, a Suprema Corte, ao decidir o caso *Dred Scott* – na verdade, *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) –, sustentara que os negros não eram e nem poderiam ser considerados cidadãos, razão pela qual não possuíam direitos constitucionais. A 13ª emenda, ratificada em 6 de dezembro de 1865, vedou expressamente a prática de escravidão e trabalho involuntário (salvo em caso de condenação criminal) em todo o território nacional. A 14ª emenda, ratificada em 9 de julho de 1868, é mais extensa e trata entre outros temas dos requisitos para obtenção da cidadania estadunidense. Suas grandes contribuições são, todavia, a garantia ao devido processo legal e igualdade de tratamento perante a lei.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



Embora existam diferenças essenciais entre o sistema *Common Law* que vigora nos EUA e *Civil Law* que é usado no Brasil, o direito estadunidense pode auxiliar na interpretação da Constituição Brasileira no que toca ao alcance da proteção do princípio da igualdade às relações constituídas entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse passo, o direito californiano se encontra em situação vanguardista quanto ao reconhecimento e legalização da relação homoafetiva. Recentemente, a Suprema Corte da Califórnia proferiu decisão¹¹ afirmando a inconstitucionalidade da proibição da união civil de pessoas do mesmo sexo, o que, conseqüentemente, permite que os homossexuais desfrutem dos mesmos direitos conferidos a casais heterossexuais.¹² Essa decisão foi construída a partir do princípio da igualdade.

Além de diversos Estados Federados dos Estados Unidos da América, também África do Sul, Espanha, Canadá, Bélgica, Holanda, Cidade do México, Irlanda, Eslovênia, Reino Unido, Suíça, Luxemburgo, Áustria, Finlândia, Alemanha, França, Bélgica, Holanda, Groelândia, Islândia, Suécia, Noruega, Dinamarca, Nova Zelândia, Andorra, Croácia, Portugal, Suécia, Hungria e Israel reconhecem juridicamente, em maior ou menor extensão, a união estável homoafetiva¹³.

¹¹ re MARRIAGE CASES. Six consolidated appeals: City and County of San Francisco v. State of California [A110449] [Super. Ct. S.F. City & County, No. CGC-04-429539]; Tyler v. State of California [A110450] [Super. Ct. L.A. County, No. BS-088506]; Woo v. Lockyer [A110451] [Super. Ct. S.F. City & County, No. CPF-04-504038]; Clinton v. State of California [A110463] [Super. Ct. S.F. City & County, No. CGC-04-429548]; Proposition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and County of San Francisco [A110651] [Super. Ct. S.F. City & County, No. CPF-04-503943]; Campaign for California Families v. Newsom [A110652] [Super. Ct. S.F. City & County, No. CGC-04-428794].

¹² Esse caso torna patente o argumento anteriormente exposto da necessidade do Judiciário atuar como poder contra-maioritário garante dos direitos fundamentais, pois após a decisão da Suprema Corte da Califórnia foi realizado um referendo popular que através da limitada margem de 4% de diferença esvaziou a decisão criando um artigo da Constituição Estadual que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vale ressaltar que a referida Emenda Constitucional está *sub judice* e será também analisada pela Suprema Corte.

¹³ Informação disponibilizada pela The International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (www.igla.org).



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



A equiparação de direitos entre casais heteroafetivos e homoafetivos vêm sendo reconhecida com sucesso em grande parte dos estados laicos justamente pela inexistência de razões jurídicas para negação de acesso à direitos fundada na orientação sexual.

Ainda no que toca ao direito internacional, cabe apresentar o posicionamento da Corte Constitucional da Colômbia, que tem declarado a equiparação de alguns direitos para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (LGBT) em recentes decisões¹⁴. Atualmente, está pendente de julgamento perante aquela Corte a ação nº 940/2008, cujo pedido formulado é de equiparação de direitos e obrigações dos companheiros heterossexuais às uniões homoafetivas.

Justamente porque a Constituição Brasileira é clara quanto ao direito a igualdade de todos os cidadãos brasileiros, o Brasil tem expressado internacionalmente uma posição de vanguarda em relação ao reconhecimento dos direitos civis dos homossexuais.

Paradoxalmente, não consegue manter a mesma posição internamente e garantir aos seus cidadãos os direitos que defende sejam assegurados pela normativa internacional.

Durante dois anos o país levou à Organização das Nações Unidas (ONU) o debate sobre a criação de um tratado internacional sobre direitos LGBT, proposta que não chegou sequer a ser posta em pauta por oposição dos países onde inexistir separação entre religião estado.

Destaca-se, ainda, que foi o Brasil que levantou o debate sobre o tema perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), culminando com a

¹⁴ Vide <http://www.corteconstitucional.gov.co/>



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



redação da Resolução OEA nº 2/135 (XXXVIII-O/08), a qual manifesta preocupação com os atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.

Consta expressamente dessa Resolução a afirmativa de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos considera que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que a cada um é dado exercer todos os direitos e liberdades existentes nesse instrumento sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Veja-se que no plano internacional o país se coloca na vanguarda, mas no plano interno a situação é de preconceito e exclusão das pessoas com orientação homossexual.

O exemplo que melhor ilustra essa dicotomia é o fato do Brasil ter assinado a Declaração de Yogyakarta, comprometendo-se perante os demais países no âmbito internacional, mas não tê-la ratificado internamente. A Declaração de Yogyakarta estabelece princípios que vislumbram assegurar a igualdade e a dignidade que é devida a todos os cidadãos e afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados.

In verbis:

“Artigo 24 Direito de Fundar uma Família: Todas as pessoas tem o direito de fundar uma família independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Nenhuma família pode ser sujeita a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de algum de seus membros”¹³.

¹³ Tradução livre do original: “Everyone has the right to found a family, regardless of sexual orientation or gender identity. Families exist in diverse forms. No family may be subjected to discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity of any of its members”.



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



O referido artigo entre suas alíneas “a” e “c” estabelece que os Estados devem através das medidas administrativas, legislativas ou judiciais necessárias assegurar a igualdade de direitos e seu pleno desfrute independente da orientação sexual dos indivíduos que formem uma relação com o intuito de constituir uma família. É fundamental ressaltar que documentos internacionais publicados sobre a mesma, conferem grande importância ao papel do Brasil, inclusive afirmando que o nosso exemplo é uma lição a ser seguida.

discrimination on the basis of the sexual orientation or gender identity of any of its members”.

Avila da Botafogo, 190, 9º andar Rio de Janeiro/RJ Brasil 22250-900
Tel: (55 21) 2558-5815 Fax: (55 21) 2558-5412 www.direitorio.fgv.br



Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA



III. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual espera que a presente contribuição, oferecida na forma de memorial, auxilie esse Supremo Tribunal Federal a bem decidir a presente causa.

Espera, outrossim, que esse Supremo Tribunal Federal reconheça a união estável homoafetiva como modalidade de constituição de família, emprestando os mesmos efeitos jurídicos concedidos às uniões estáveis heteroafetivas àquelas uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Espera, ainda, que seja deferido o pedido formulado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro na ADPF nº 132, reconhecendo-se como constitucional a interpretação do decreto estadual 220/75 que assegura direitos previdenciários aos companheiros do mesmo sexo de servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2008.

Thiago Bottino

Adv. OAB/RJ nº 102.312

Professor da FGV DIREITO RIO.

Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica.

Ivanilda Figueiredo

Adv. OAB/RJ nº 122.474

Professora da FGV DIREITO RIO.

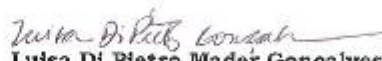


Escola de Direito do Rio de Janeiro
da Fundação Getúlio Vargas

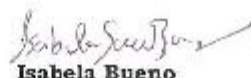
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA




Ana Luiza Nascimento
Est. OAB/RJ nº 166.129 E


Luisa Di Pietro Mader Gonçalves
OAB/RJ nº 166.085-E


Livia Ferreira
OAB/RJ nº 171036 E


Isabela Bueno
Acadêmica de Direito

Camila Noronha
Acadêmica de Direito


Rachel Sá
Acadêmica de Direito


Rogério Sganzerla
Acadêmico de Direito