



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB

FACULDADE DE DIREITO

MARINA MENDONÇA VILAR TRINDADE

***Living Originalism* e Evolução do Conceito de Família: Considerações sobre  
a Construção Constitucional**

BRASÍLIA

2015

**Marina Mendonça Vilar Trindade**

***Living Originalism* e Evolução do Conceito de Família: Considerações sobre a  
Construção Constitucional**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília (UnB), como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Juliano Zaiden Benvindo

Brasília

2015

Marina Mendonça Vilar Trindade

***Living Originalism* e Evolução do Conceito de Família: Considerações sobre a  
Construção Constitucional**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília, como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Brasília, dia \_\_\_\_ de Dezembro de 2015

---

**Professor Orientador**

---

**Membro da Banca Examinadora**

---

**Membro da Banca Examinadora**

## AGRADECIMENTOS

Sou profundamente grata aos meus pais. Se existe em mim algum amor pela escrita, alguma admiração pelo conhecimento, algum afeto pela academia, foi por eles cuidadosamente cultivado. Se existe alguma liberdade no fluxo criativo, agradeço à minha mãe, por nos criar, eu e meus irmãos, sempre envolvidos com os filmes mais complexos, as teorias psicológicas mais obscuras, os livros mais questionadores, independentemente da idade. Se tiveram papel importante na minha infância os escritores do realismo fantástico, ou se participaram ativamente da minha vida as mais diversas teorias filosóficas, devo à ela. Por outro lado, se houve em minha trajetória um exemplo de superação, esforço, excelência, ele veio do meu pai. Aos meus pais, muito obrigada pelo apoio incondicional, pela fé inabalável. Aos meus irmãos, Gabi e Teto. Vocês que são a fonte infinita de discussão do meu dia a dia, de aprendizado, de crescimento e de companheirismo. Aos meus pais e meus irmãos, meu próprio conceito de família, o meu muito obrigada.

Ao meu namorado Gabriel, que ajudou nesse trabalho nas mais diversas formas, com paciência infinita, ideias inovadoras, críticas construtivas e profundo incentivo, muito obrigada. Sua ajuda foi fundamental para a conclusão desta monografia.

Às minhas amigas queridas, Caroline Beda e Bruna Athayde, pelo incentivo e pela paciência com a correção deste trabalho. A ajuda de vocês foi imprescindível.

Aos amigos que o Direito me deu e aos amigos de infância, de uma forma ou de outra sempre presentes, vocês foram e continuam sendo uma parte importantíssima dessa trajetória.

Ao meu orientador, Professor Juliano Zaiden, que demonstrou que o Direito, para muito além do mero entendimento de leis e decisões, é também um esforço contínuo de interpretação, crítica e busca do entendimento de diferentes visões de mundo. Não poderia haver maneira melhor de iniciar os estudos na faculdade que não fosse através da provocativa disciplina de Modelos e Paradigmas.

Por fim, um agradecimento à própria UnB, sempre um espaço de acolhimento e de pluralidade, berço das mais complexas discussões, cenário do florescimento da minha relação com o Direito.

**Há coisas que nunca se poderão explicar por palavras.**

**José Saramago**

**Pai, Mãe, Gabi e Teto: meu próprio conceito especial de família**

## RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a íntima relação entre direito, constituição e cultura. Através da análise da teoria do *Living Originalism*, de autoria do Professor Jack Balkin, procura-se entender o processo de construção constitucional, onde a relação entre os diversos agentes dentro da sociedade é capaz de mudar os rumos da hermenêutica constitucional, gradativamente retirando o protagonismo das cortes. Sob a ótica desta teoria, busca-se demonstrar e entender como se deu a evolução do conceito de família, do início do século XX até hoje.

**Palavras - Chaves:** *Living Originalism*, Família, Construção Constitucional

## **ABSTRACT**

The present paper tries to demonstrate the close relationship between law, constitution and culture. Through the analysis of Jack Balkin`s theory, Living Originalism, we try to understand the constitutional construction process, where the relationship between the several agents inside the society is capable of change the course of constitutional interpretation, gradually taking away the court`s spotlight. Through this theory, we try to demonstrate and understand how the process of evolution of the conception of family occurred in Brazil, from the beginning of the 20<sup>th</sup> century until today.

**Key-words:** *Living Originalism*, Family, Constitutional Construction

## Sumário

Introdução .....	10
Capítulo 1 – Uma análise de duas teorias, Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Popular .....	14
1.1 O Neoconstitucionalismo .....	14
1.2 Algumas Considerações ao Modelo Neoconstitucionalista .....	17
1.3 Uma breve explicação sobre o Constitucionalismo Popular .....	20
Capítulo 2 – O Debate Proposto por Balkin .....	27
2.1 Uma breve explicação da teoria de Jack Balkin.....	28
2.2 Sobre a Legitimidade Democrática da Corte no <i>Living Originalism</i> .....	34
2.3 A cultura e o inconsciente coletivo .....	37
Capítulo 3 – Concepções de Família .....	41
3.1 Uma Reconstrução Histórica do Conceito de Família no Brasil.....	44
3.2 Considerações sobre Código Civil de 1916 e a Importância do Casamento.....	45
3.3 A Valorização da Mulher e a Catalisação de Mudanças Sociais a partir dos anos 50 .....	50
3.4 O Conceito de Família Hoje.....	53
3.5 Família e Homossexualidade na Nova Ordem Constitucional.....	57
3.6 O Estatuto Da Família e o Mal Constitucional .....	59
Conclusão.....	64
BIBLIOGRAFIA .....	66

## Introdução

*Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.<sup>1</sup>*

É exatamente assim que se inicia o Projeto de Lei nº 6.583 de 2013 (incluindo o negrito nas palavras “homem e mulher”), de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira, denominado estatuto da Família, aprovado em 24 de setembro de 2015, na Comissão Especial para discussão do projeto de lei, por parecer favorável quanto à sua “*constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa*”<sup>2</sup>.

O estatuto é um projeto de lei que se destina à proteção da família brasileira, definindo-a como o primeiro agrupamento humano conhecido, a base social em que se situa o indivíduo, sua fonte primordial de felicidade, seu alicerce na vida comum, emanando disso a necessidade de sua proteção através de lei e do fomento de políticas públicas. Na justificativa da lei, o deputado se preocupa com as rápidas mudanças sociais e novos desafios enfrentados por essa espécie de agrupamento humano, em especial no contexto brasileiro, o que explicaria a necessidade de criação de uma norma especificamente voltada para a proteção e realização da família brasileira.

Além de diversas ameaças de ordem social e moral<sup>3</sup>, um mal que supostamente aflige e ameaça a integridade da família é a própria desconstrução do *conceito de família*, razão pelo qual

---

<sup>1</sup> Artigo 2º do Projeto de Lei 6.583/2013, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira, denominado Estatuto da família, aprovado em parecer pela Comissão Especial em 24 de setembro de 2015, disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013) Último acesso em 18.10.2015

<sup>2</sup> Parecer emitido pela Comissão Especial Destinada A Proferir Parecer Ao Projeto De Lei Nº 6.583, De 2013, em 24 de setembro de 2014, de relatoria do Deputado Diego Garcia, disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1398873&filename=Tramitacao-PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1398873&filename=Tramitacao-PL+6583/2013) Último acesso em 18.10.2015

<sup>3</sup> Nas próprias palavras do deputado: “São diversas essas questões. Desde a grave epidemia das drogas, que dilacera os laços e a harmonia do ambiente familiar, à violência doméstica, à gravidez na adolescência, até mesmo à desconstrução do conceito de família, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo. A questão merece aprofundamento e, na minha opinião, disciplinamento legal. O Estado não pode fugir à sua responsabilidade, e os legisladores têm tarefa central nessa discussão. A família vem sofrendo com as rápidas mudanças ocorridas em sociedade, cabendo ao Poder Público enfrentar essa realidade, diante dos novos desafios vivenciados pelas famílias brasileiras”. Justificativa do projeto de lei, encontrada no corpo do mesmo, disponível em

ele foi explicitado logo no artigo segundo da lei. Segundo esse artigo, a família assim entendida só poderia surgir da união entre um homem e uma mulher. Fácil perceber que a *desconstrução do conceito de família* se refere a novas formas do reconhecimento de uniões estáveis, asseguradas constitucionalmente em nosso país. O projeto de lei, profundamente homofóbico e conservador, visa assegurar a predominância de valores religiosos e códigos morais arcaicos em nossa sociedade, em vista de tantas “ameaças ao conceito de família”.

Para além de julgamentos de mérito acerca do conteúdo do projeto de lei em discussão, é importante analisar o que ele representa de uma maneira mais profunda. Em síntese, seu conteúdo corrobora a presença de um profundo dissenso não apenas no âmago de nossa vida política, mas também no bojo de toda nossa vivência social, pública e privada, extrapolando limites locais, regionais, nacionais.

A questão de uma suposta definição do conceito de família é um excelente demonstrativo de como se dá a gestão do dissenso humano nas sociedades democráticas e o desenvolvimento de resoluções jurídicas para problemas sociais reais. Muito longe de ser um consenso, a definição dos laços afetivos nos contornos familiares, seus efeitos civis, penais, previdenciários, sociais, sua influência na definição dos conceitos de paternidade, maternidade, matrimônio e religião, são assuntos debatidos com alto grau de subjetividade e controvérsia, afetando em diversos aspectos da vida privada e pública, especialmente no âmbito político.

A partir da arqueologia da discussão acerca dos relacionamentos familiares e de seus desdobramentos nas diversas esferas da vida civil, é possível uma análise da arquitetura do dissenso e da construção do debate dentro da sociedade. Partindo-se disso, torna-se palpável uma análise do próprio estágio da democracia e da maneira como as diferentes opiniões são ouvidas e levadas ou não em consideração. O exame aprofundado da evolução da família como conceito é um norte balizador que serve como um espelho simétrico dos processos explícitos e implícitos da democracia.

O que o presente trabalho se propõe a fazer é uma análise do desenvolvimento constitucional nas arenas democráticas, utilizando-se como norteador a teoria proposta pelo americano Jack Balkin em seu livro “*Living Originalism*”, publicado em 2011. Para tanto, no

---

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)  
Último acesso em 18.10.2015

primeiro capítulo, busca-se uma análise da tensão entre duas teorias contraditórias, o Neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Popular. A primeira delas, o Neoconstitucionalismo, se ampara numa visão de mundo em que juiz possui protagonismo na tomada de decisões, especialmente quando existe dissenso quanto a direitos fundamentais, sempre auxiliado por um ambiente altamente principiológico e aberto e uma ampla possibilidade de rever composições normativas legislativas. A análise funda-se na porosidade do contexto brasileiro a essa corrente relativamente recente, incluindo a adesão de ministros atualmente ativos em nossa suprema corte. Procura-se o foco na ampla legitimidade popular angariada recentemente por nossa suprema corte e em decisões que teriam extrapolado os limites de sua competência. Busca-se ainda apresentar diversas críticas ao Neoconstitucionalismo, em especial de autores atuais inseridos dentro do debate nacional.

A segunda corrente, o dito Constitucionalismo Popular, é apresentada em seguida, como alternativa paradigmática ao *modus operandi* que temos observado em diversos contextos, qual seja, a predominância de um judiciário ativo, impregnado em diversos aspectos da vivência democrática. Ao contrário desta, aquela pretende devolver a supremacia da interpretação constitucional ao povo, mitigando consideravelmente ou até mesmo excluindo a influência das cortes no processo da vivência democrática através da interpretação constitucional. Para explicar seus preceitos, desenvolve-se uma breve apresentação acerca de seus principais teóricos, Larry Kramer, Mark Tushnet e, em especial, Jeremy Waldron.

O embate entre essas duas correntes, orquestrado no primeiro capítulo, serve como forma de contextualizar um debate no qual Jack Balkin se introduz. No segundo capítulo, desenvolve-se um exame de suas ideias, iniciado por uma breve introdução de seu livro, seguida pela relação de sua tese a teorias comportamentais, para então introduzir um debate a respeito da importância da história em sua arquitetura constitucional. Busca-se aqui a inteligência de sua tese, a análise das diversas nuances postas, a interação de diversos *players* no jogo democrático, que, apesar de estarem em constante conflito, buscam seus objetivos de maneira harmônica. Ergue-se uma tentativa de buscar no autor suas razões para acreditar em um preceito de fé constitucional, que emprestaria dignidade e hegemonia ao sistema.

Finalmente, no terceiro capítulo, demonstra-se a própria interpretação e aplicação dessa teoria ao contexto brasileiro. Para isso, desenvolve-se uma análise pormenorizada da evolução do

conceito de família através dos séculos XX e XXI. Para manter-se fiel ao autor, essa análise não foi limitada a aspectos jurídicos, como modificações doutrinárias, legislativas e judiciais. Assim como Balkin pintou um quadro coeso da democracia, mostrando nuances antes ignoradas por outros juristas, nessa representação do conceito de família procura-se enxergar para além do que foi escrito na cadência das leis, lançando o olhar mais pormenorizado para a real dinâmica social, até atingir o que hoje entendemos por conceito de família. A partir de tudo isso, cabe a indagação: A festejada decisão do STF sobre união homoafetiva foi simplesmente uma ideia pioneira do ministro Ayres Britto, ou se traduz num universo muito mais complexo de discussão social democrática, iniciada vários anos antes? O conceito de família, assim como outros conceitos jurídicos, foi uma meramente uma construção jurisprudencial e legal, ou sob a superfície desses processos visíveis é possível indicar ampla contribuição cultural e social? Na visão de Balkin, Direito e Cultura são então fenômenos independentes, ilhas em um arquipélago? São essas as questões que esse trabalho se propõe a problematizar.

## Capítulo 1 – Uma análise de duas teorias, Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Popular

A tensão analítica em que se insere Jack Balkin pode ser explicada pelo embate entre duas teorias contrárias, o Neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Popular. O confronto surge de uma necessidade de determinar o legítimo intérprete da Constituição, aquele capaz de tornar seu projeto uma efetiva realidade, de maneira ampla e democrática.

### 1.1 O Neoconstitucionalismo

Hoje, aceita-se com naturalidade que a interpretação da constituição esteja nas mãos das cortes. Já é internalizada a ideia de que a interpretação constitucional deve estar sob poder de especialistas, mais capazes, mais justos, mais racionais. Seguindo a linha do federalismo de Madison e Hamilton, o temor de uma facção formada de maiorias justifica que se ergam as cortes em seu exercício contra majoritário, indo além da função democrática de *checks and balances*. No Brasil, especialmente, essa visão conta com expressivo apoio popular, advindo da descrença no legislativo e nas instituições democráticas, somado a um utópico ideal de “heroísmo” associado aos membros das cortes. Segundo Carlos de Azevedo Campos<sup>4</sup>, o Supremo Tribunal Federal vive uma nova fase, marcada pela superação de jurisprudências restritivas e pelo desenvolvimento de um avançado ativismo judicial, reinterpretando o papel do juiz no contexto do *judicial review*.

Essa nova posição do STF em nossa sociedade entra em afinidade com a corrente do Neoconstitucionalismo, termo utilizado pela primeira vez por Susanna Pozzolo em seu artigo “*Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Consitutional*”. Para Pozzolo<sup>5</sup>, o Neoconstitucionalismo seria uma revisão da doutrina juspositivista, a partir de quatro características particulares: o reconhecimento e a valorização dos princípios na dimensão constitucional; o modo diferenciado de interpretação de aplicação desses princípios, caracterizado pela supremacia da ponderação ante a subsunção (método utilizado para a interpretação de regras,

---

<sup>4</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Editora Forense, 2014.

<sup>5</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Consitutional*. *Doxa*, n. 21, vol. II, p. 339-353, 1998

inadequado para a interpretação dos princípios); a constitucionalização dos direitos, interferindo diretamente na atividade do legislador, que tem sua liberdade substancialmente reduzida; e uma maior esfera de influência e ativismo pelo juiz, que se encarrega de assegurar esse maior arcabouço teórico e principiológico colocado pela constituição. A autora reconhece ainda que a corrente se fomentou a partir do pensamento de diversos jusfilósofos, que, no entanto, nunca chegaram a se denominar neoconstitucionalistas, ou tampouco se reconheceram dentro de qualquer tipo de corrente ou movimento unitário. Ela cita entre os principais Ronald Dworkin<sup>6</sup>, Robert Alexy<sup>7</sup>, Gustavo Zagrebelsky<sup>8</sup> e, em parte, Carlos Santiago Nino<sup>9</sup>.

O Neoconstitucionalismo seria essa própria valorização do direito constitucional como competente para assegurar direitos e garantias fundamentais e a delegação de sua interpretação aos juízes.

Aquello que distingue la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional. Tal modelo ha sido denominado «modelo axiológico de la constitución concebida como norma». «Constitución» designa aquel conjunto de reglas jurídicas positivas, fundamentales respecto a las demás reglas del conjunto, pero que pasan a ser «constitución» en razón del particular contenido que expresan, y no en razón del sujeto que ha redactado el documento. La adopción de este modelo constitucional se conjuga con el interés principal de la doctrina neoconstitucionalista. En efecto, ésta se mueva principalmente en la perspectiva de la justificación, a un nivel de lenguaje en el que se considera central la noción de razón para actuar<sup>10</sup>

A partir do começo do século XXI, a corrente passa a ganhar força, sendo citada em diversos trabalhos científicos, aumentando seus limites de atuação. Muito embora não exista um conceito unívoco que defina o termo (e diversos doutrinadores se debruçam sobre seu significado exato), existem alguns aspectos gerais que o diferenciam de maneira mais clara. No Brasil, um grande expoente e apoiador dessa linha, Daniel Sarmento<sup>11</sup>, elenca, como elementos diferenciadores da corrente teórica, o reconhecimento e a defesa de mudanças paradigmáticas ocorridas no pós guerra, consistentes em constituições muito mais principiológicas e morais, emergindo de um trauma pós positivista, que por elevada subjetificação e indeterminação

---

<sup>6</sup> Cfr. R. Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford UP, Oxford, 1996.

<sup>7</sup> Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.

<sup>8</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992; trad. esp. *El derecho dúctil*.

<sup>9</sup> Cfr. C. S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale UP, New Haven - London, 1996.

<sup>10</sup> POZZOLO, Susanna. 1998. Página 341.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

axiológicas, convidam a estilos mais abertos e ousados de hermenêutica, uma demanda que se sobrepõe a modelos mais arcaicos e formalistas de interpretação constitucional.

Tal contexto, ainda, demandaria uma maior relevância da atividade jurisdicional, sendo o *judicial review* a forma escolhida para assegurar e interpretar essas novas diretrizes constitucionais, dado que “*no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.*”<sup>12</sup>

A presente teoria encontrou no Brasil terreno fértil à ampla penetração ideológica, em especial dentro da nossa Suprema Corte. Para o ministro Luís Roberto Barroso, houve uma evolução da maneira como se encarava a interpretação constitucional, o que demandou também uma evolução do próprio papel dos juízes nesse novo contexto:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. **O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.** (grifo nosso).<sup>13</sup>

Barroso argumenta que o papel de protagonismo assumido pela corte constitucional no cenário político, econômico, social (não apenas no Brasil, mas também em diversos outros países), fenômeno que o autor denomina de judicialização da política<sup>14</sup>, demanda do juiz uma postura ativa, de proatividade em suas decisões e posições. Para ele, o fenômeno do ativismo judicial tem como consequência positiva o fato de que o judiciário tem mais armas para resolver demandas sociais

---

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. 2009, p. 8

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Themis* : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.P.12

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2008. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Último acesso em 19.10.2015. Nas palavras do autor: “*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.”

que não foram satisfeitas pelo parlamento, garantindo de maneira mais ampla aquilo que está postulado pela constituição.<sup>15</sup>

Também Gilmar Mendes se mostra de certa maneira adepto a essa nova realidade hermenêutica, na medida em que se comporta como um juiz mais atuante, concluindo por interpretações mais ousadas em relação aos dispositivos constitucionais. Isso se corrobora da leitura de decisões como o MS 32.033<sup>16</sup>, em que o Ministro saiu vencido em sua tese de conceder parcialmente mandado de segurança para suspender deliberação legislativa sobre projeto de lei complementar, sob o argumento de que o parlamentar possui direito público subjetivo a não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas<sup>17</sup>. O Ministro Teori Zavascki rechaçou a tese sob o argumento de invasão indevida do poder legislativo.

## 1.2 Algumas Considerações ao Modelo Neoconstitucionalista

Em que pese a ampla aderência dessa teoria em nossa sociedade, a exemplo da posição tomadas por alguns juízes da suprema corte, a corrente ainda coleciona diversas críticas. Uma delas consubstancia-se na tese de doutorado do Professor Jorge Galvão, *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. Nela, o professor disserta sobre os problemas do *modus operandi* jurídico defendido pelo Neoconstitucionalismo, quais sejam, interpretações mais abertas, liberdade hermenêutica, exagerada importância dos princípios, utilização das técnicas de ponderação, protagonismo do judiciário. Em sua tese, ele constrói um panorama do Estado de Direito, quais seriam suas finalidades últimas e qual seria o espaço da democracia nesse contexto. E então aponta uma profunda contradição entre esse panorama e as teses defendidas pelo Neoconstitucionalismo.

Ocorre que, levadas ao extremo, essas teses aniquilam a ideia de Estado de Direito. Se a constitucionalidade das normas for constantemente questionada pelos intérpretes – utilizando-se princípios como parâmetro e ponderação como técnica – elas perderão sua

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008.

<sup>16</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32.033/Distrito Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. Relator para o Acórdão Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Publicado em 18.02.2014.

<sup>17</sup> Válido lembrar que essa é a jurisprudência atual do STF, no tocante a parlamentar possuir direito subjetivo de não se submeter a processo legislativo de votação de Emenda constitucional tendente à abolição de cláusulas pétreas. No entanto, o mesmo não se aplica a projeto de lei, já que essa seria uma invasão inconstitucional e antidemocrática de processos *interna corporis* do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, os precedentes: MS 22.503, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicado em 14.4.1996, MS 22.972, Relator Ministro Néri da Silveira, Publicado em 2.2.1998, MS 24.356, Relator Ministro Carlos Velloso, Plenário, Publicado em 12.09.2003.

capacidade de guiar as condutas dos indivíduos, além de dar ensejo a uma atuação mais subjetiva por parte dos agentes públicos. (...)

Em essência, a discussão gira em torno do modo como a Constituição deve ser interpretada. Enquanto o ideal do Estado de Direito sugere que o papel dos tribunais é o de manter os compromissos políticos assumidos pela sociedade – inclusive os constitucionais – o Neoconstitucionalismo incita o intérprete a “explorar os potenciais emancipatórios presentes no texto constitucional”, vislumbrando na interpretação judicial um dos mais, senão o mais, importante mecanismo de transformação social, o que leva a uma constante revisão da compreensão do texto fundamental.<sup>18</sup>

Para Jorge Galvão, ainda, o Neoconstitucionalismo teria herdado algumas de suas características do realismo jurídico<sup>19</sup>. Da mesma maneira que os realistas questionam os métodos formalistas de formulação das decisões, os neoconstitucionalistas criticam os métodos tradicionais de interpretação constitucional, na busca de uma nova hermenêutica que se adapte mais ao novo paradigma constitucional. Existe uma simetria entre o ceticismo dos realistas para com os precedentes históricos e a desconfiança dos neoconstitucionalistas quanto às razões dos textos legais.

O jurista brasileiro Lênio Streck também se posiciona contra essa corrente. Cabe ressaltar que ele mesmo aponta que algumas de suas ideias se aproximam da defesa de um novo paradigma Neoconstitucionalista, porém, em seu texto, *Contra o Neoconstitucionalismo*, ele explica como seu ideal ideológico se afasta da dita corrente. Para ele, o abuso da utilização de mecanismos de “ponderação” ou “balanceamento” abriria espaço para um exagerado ativismo judicial, pois para ele “‘ponderação’ e ‘discricionariedade’ são faces de uma mesma moeda”<sup>20</sup>. O ativismo judicial seria, ainda, uma atividade que extrapola o compromisso constitucional colocado para os juízes e para a própria atividade do controle de constitucionalidade. Para ele, constitui-se uma contradição depositar todas as esperanças de um direito novo “na loteria do protagonismo judicial”<sup>21</sup>, o que certamente traria mais danos, por conta da discricionariedade exagerada, do que efetivamente

---

<sup>18</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/>>. Último acesso em: 2015-10-26. Páginas 26 - 27

<sup>19</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, 2012. Página 48

<sup>20</sup> STRECK, Lênio. *Contra o Neoconstitucionalismo: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista5/contralenio.pdf/>>. Último acesso em: 2015-10-26

<sup>21</sup> STRECK, Lênio, 2011. Página 13

resolveria as questões colocadas por um novo paradigma pós positivista (poder-se-ia dizer, ainda, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, segundo o autor).

Ainda num contexto de problematização de universos hermenêuticos demasiado abertos e voláteis, o professor Marcelo Neves tece árduas críticas a uma tendência de excessivo “abuso de princípios”, muito verificada ultimamente em diversas atuações de nosso Supremo Tribunal. Para ele, o tribunal vem demonstrando uma crescente trivialização e, especialmente, inconsistência no tratamento dos princípios. Ainda, o Neoconstitucionalismo seria um espaço de dicotomias, onde a utilização prioritária de princípios se relacionaria mais profundamente com a democracia, enquanto o positivismo das regras se aproximaria de uma postura autoritária, o que seria em si um paradoxo falacioso. O autor, ao se deparar com o contexto brasileiro, observa que:

por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e “completas”, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas.”<sup>22</sup>

Em seu texto, o autor procura explicar a dicotomia entre princípios e regras, expondo sua relação complementar através da interessante metáfora do duelo entre Hidra e Hércules. Existe uma incessante busca do equilíbrio entre tais forças, sem que no entanto haja uma profunda predominância de um sobre o outro, como defende o Neoconstitucionalismo.

Existe ainda amplo arsenal teórico fundado na crítica quanto à real legitimidade e compatibilidade democrática do modelo proposto pelos neoconstitucionalistas. Não é desprezível a produção acadêmica sobre a tensão entre legislativo e judiciário e sobre a preocupação quanto à real legitimidade que emana dessa nova conformação. No caso brasileiro, é perceptível notar o crescente apoio social de que goza nossa corte constitucional, em especial num contexto de ampla desconfiança em relação ao nosso Poder Legislativo. Benvindo<sup>23</sup> acredita que surgiu no paradigma brasileiro uma cultura em que o judiciário crê que pertence a ele a “última palavra” quanto a questões democráticas, em especial de interpretação constitucional. Tal crença se ampara no discurso falacioso da dualidade entre a racionalidade jurídica (que seria essencialmente boa,

---

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo. *Abuso de Princípios no Superior Tribunal Federal*. Consultor Jurídico, Outubro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal> Último acesso em 22.11.2015

<sup>23</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. “A Última Palavra”, O Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro: Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014., 01/2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502953/>>. Último acesso em 27.10.2015

coerente, especializada) e o embate de interesses essencialmente mesquinhos entre os membros do parlamento. O autor tece duras críticas a esse sistema, sustentando a persistência de um profundo desequilíbrio antidemocrático entre os poderes<sup>24</sup>. Existe uma mística acerca do fato de que as decisões sobre direitos fundamentais são mais bem resolvidas através do judiciário, mais sério, mais racional. Essa ideia carece de cuidadosa desconstrução.

### 1.3 Uma breve explicação sobre o Constitucionalismo Popular

Como se pode notar, não são poucas as críticas a esse novo modelo, apenas para citar autores dentro do contexto brasileiro. Em oposição a essa corrente pautada por um protagonismo judicial, se desenvolve uma nova teoria, com menos foco nas cortes e mais centrado no que os autores chamam de soberania popular. Esse modelo vem sendo chamado por diversos teóricos de constitucionalismo popular. Para Gargarella:

las preocupaciones prácticas de los «populistas» encuentran expresión, además, en otros dos puntos de interés. Por un lado, sus trabajos muestran la indiferencia (si no la actitud hostil) que suelen mantener los tribunales (y la comunidad académica, en general) respecto del modo en que la propia ciudadanía, en los hechos, genera «sentido jurídico». Por otro lado, a ellos les interesa mostrar, justamente, la forma en que la sociedad influye en, reconstruye y a veces directamente socava el valor de las decisiones judiciales.”<sup>25</sup>

Surge uma ideia distinta, a de que a interpretação constitucional não deve ser necessariamente jurídica, legal, especializada, mas sim devolvida ao povo, através das instituições democráticas. A “última palavra” não pertenceria aos juízes, mas à própria soberania popular. Três autores em particular foram fundamentais para o desenvolvimento dessa corrente, sendo eles Larry Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron.

A abordagem de Kramer é essencialmente histórica. Em *The People Themselves* (2004)<sup>26</sup>, o jurista não defende a construção de um arcabouço teórico, mas muito mais uma atividade

---

<sup>24</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden, 2014. Página 79

<sup>25</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular*. Revista de Libros. N 112, 01.04.2006. Disponível em <[http://www.revistadelibros.com/articulo\\_imprimible\\_pdf.php?art=2799&t=articulos](http://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible_pdf.php?art=2799&t=articulos)> Último acesso em 22.11.2015.

<sup>26</sup> KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, NY: Oxford University Press, 2004.

arqueológica de entender as reais bases da interpretação constitucional. Para ele, ocorreu uma histórica usurpação da competência de interpretar a constituição, que seria originalmente do povo e não das cortes. Essa competência teria sido originariamente exercida através de protestos, mobilizações populares, rebeliões. E também através do voto, do direito de petição, da interpretação e aplicação da lei enquanto jurados nos tribunais. Em um trabalho predominante investigativo, Kramer constata que o início da República americana foi marcado por uma predominância do constitucionalismo popular sobre o constitucionalismo legal especializado. “(...) “*the people*” – conceived as a collective body capable of independent action, were empowered to enforce the constitution against errant rulers.”<sup>27</sup> A comunidade é considerada, neste modelo, como a principal intérprete e relevante aplicadora da Constituição, sendo definida pelos limites da própria soberania popular.

Para ele, a pretensa soberania do *judicial review* não teria sido nem mesmo objeto de conhecimento pelos *founding fathers*, razão pela qual a Constituição Americana não se manifesta quanto a este ponto. A supremacia do judicial review teria sido uma construção estranha ao sentido original da constituição, ocasionada segundo o autor pela nova concepção em torno de alguns eixos fundamentais, notadamente a progressiva partidarização do sistema político, o aprofundamento da especialização do saber e do estudo jurídico e, especialmente, pelo estabelecimento de uma nova compreensão sobre a natureza, o sentido e a hermenêutica da Constituição<sup>28</sup>. Além disso, para o autor, são de grande influência as ideias sobre federalismo desenvolvidas por Madison e Hamilton, desenhando o judiciário, na relação entre os três poderes, como o “menos perigoso entres eles”. Para Hamilton:

Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honours, but holds the sword of the community; the legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated; the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will,

---

<sup>27</sup> KRAMER, 2004, p. 25

<sup>28</sup> KRAMER, 2004, p. 149 “*Gradually, imperceptibly, the meaning of statements like these began to change. The words were no different, but certain implicit assumptions that lay behind them were. In particular, the original sense of a constitution as popular law for the people themselves to interpret and enforce began to lose some of its vitality and immediacy. (...) until this legalistic way of talking about the constitution came to seem so natural and normal that no one thought twice about it.*”

but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments<sup>29</sup>

Se Hamilton idealizava um judiciário garantidor da constituição, então Madison trabalhava a ideia de um constitucionalismo que garantisse a estabilidade entre os poderes, privilegiando um desenho que se realiza na contenção dos impulsos populares, ao pressupor uma inerente natureza facciosa à mobilização humana. As instabilidades entre os poderes acabariam por criar desequilíbrios que favoreceriam a ditadura das majorias sobre grupos minoritários, surgindo disso a importância dos *checks and balances*. Para Madison, “*If men were angels, no government would be necessary*”<sup>30</sup>. Para Kramer, no entanto, tais ideias devem ser revisitadas, de maneira a emprestá-las sentido mais popular e democrático.

Para Kramer, existe uma escolha a ser feita, entre o constitucionalismo popular e a supremacia judicial. O protagonismo de um envolve o papel secundário de outro (sem que no entanto se excluam mutuamente). Para ele, uma constituição que orbita em volta de uma hermenêutica judicialmente construída cria um sistema de passividade popular que usurpa a competência soberana do povo de tomar a constituição em suas mãos. Para o autor, no entanto, a única alternativa legitimamente democrática seria devolver à soberania popular o que hoje se acredita pertencer estritamente às cortes: a guarda da constituição. Sua proposta gira em torno da desconstrução de certas ideias tradicionais, que vinculam a supremacia da constituição à hegemonia de uma hermenêutica notadamente judicial. É errada a pretensão de tomar o povo como uma entidade infantil, incapaz de governar o próprio destino. Nas palavras do próprio autor: “*The modern anti-populist sensibility presumes that ordinary people are foolish and irresponsible when it comes to politics: self-interested rather than public-spirited, arbitrary rather than principled, impulsive and close-minded rather than deliberate or logical. Ordinary people are like children, really.*”<sup>31</sup>

Um segundo autor de destaque para a discussão é Mark Tushnet. Seu argumento se aprofunda com base na ativa desconstrução de fundamentos específicos do constitucionalismo

---

<sup>29</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh; MADISON, James. *The Federalist*. Liberty Fund, Indianapolis. 2001. Página 402, número 78.

<sup>30</sup> MADISON, James, 2001. No. 51, página 269.

<sup>31</sup> KRAMER, Larry. *We the People: Who has the last word on the Constitution?* Boston Review. February/March 2014. Disponível em: <<http://bostonreview.net/archives/BR29.1/kramer.html>>

americano, tais quais a estabilidade desejada extraída da atuação das cortes e o mito de que a interpretação especializada dos juízes teria maior qualidade e importância que quaisquer outros atores políticos, especialmente os legisladores. A partir disso, ele desenvolve uma arquitetura em que os direitos constitucionais poderão ser assegurados sem a necessidade do *judicial review*<sup>32</sup>. A necessidade da Corte estaria fundada em uma falaciosa “melhor interpretação da constituição”. No entanto, para o autor, a constituição poderia ser perfeitamente interpretada pelo povo<sup>33</sup>. Nas palavras da autor, “*we might find that we did not need the courts’ help once we start to think about the Constitution directly— if, that is, the Constitution outside the courts is relatively simple and understandable*”.<sup>34</sup>

O primeiro argumento trazido tem como alicerce a suposta estabilidade trazida por um interprete único, em substituição a uma dita volubilidade de um sistema que conta com diversos intérpretes. O autor afirma não ver vantagem ou sentido em substituir a sazonalidade do Legislativo pelo caráter aleatório das decisões judiciais. As decisões tomadas em órgãos colegiados da Corte não teriam nenhum privilégios sobre as discussões parlamentares.

What, then, does “good institutional design” require in the way of institutions to ensure the degree of stability sufficient to guarantee that law’s settlement function will be performed acceptably across institutions and over time? It almost certainly does not require judicial supremacy in any strong form. As Jeremy Waldron has put it, what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Tushnet, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ, USA: Princeton University Press, 1999. ProQuest ebrary. web. 4 December 2015. Página 168. Em sua teoria, Tushnet vê a Corte como um intermediário desnecessário entre o povo e sua constituição. Para ele, a fé constitucional deveria ser direta, e não mediada. Ao citar um discurso de Barbara Jones e Patricia Williams em favor dos direitos dos negros, ele coloca: “*the important thing to note here about Jordan’s and Williams’s statements is that they are about the Constitution and rights, not about the courts and judicial review. We can have Jordan’s faith in the Constitution without having any interest at all in the courts. 27 And we can have the rights Williams celebrates without having judicial review.*” (página 166)

<sup>33</sup> TUSHNET, Mark. 1999. Página 168.

<sup>34</sup> TUSHNET, Mark. 1999. Página 168. O autor inicia o capítulo sétimo de seu livro com a seguinte premissa: “*In 1803 we launched a great experiment— judicial review. We believe the nation benefited from judicial review over the past two centuries. Today, however, the gains from further exercises of judicial review no longer exceed the losses. We have therefore decided to end the experiment in 2003*” (pg. 154). A partir disso, o autor passa a fazer um esforço de descrição de um mundo sem *judicial review*, chegando a conclusão de que os benefícios dessa atividade não mais superam seus riscos.

<sup>35</sup> TUSHNET, Mark. 1999, página 28 - 29

Para montar sua teoria, Tushnet se apoia na dita *constituição fina*, quais sejam, valores mais profundamente incrustados na cultura constitucional americana. Esse conceito englobaria princípios enraizados na sociedade através de anos de lutas e manifestações populares. “*The thin Constitution protects rights that it has taken centuries of struggle for people to appreciate as truly fundamental. Perhaps more important, the nation’s commitment to the thin Constitution constitutes us as the people of the United States, and constituting a people is a morally worthy project.*”<sup>36</sup>

Talvez um dos autores hoje mais lidos e comentados sobre o tema seja Jeremy Waldron<sup>37</sup>. Em “*The Core Case Against Judicial Review*”<sup>38</sup>, o autor se aprofunda em um panorama racional e lógico, em argumentos perfeitamente calibrados, sem grandes reflexões morais ou principiológicas, sociais ou históricas. A partir de quatro premissas acerca da sociedade, que para ele seriam sinais aparentes de uma democracia saudável, pressupostos para a aplicação bem sucedida de sua teoria, ele tece um panorama em que a proteção dos direitos fundamentais não dependeria diretamente da mediação das cortes.

As quatro premissas seriam: a. a existência e o pleno funcionamento das instituições democráticas; b. a existência de um poder judiciário independente, plenamente capaz de resolver os conflitos postos pela vivência diária da sociedade; c. um sentimento generalizado de comprometimento para com a importância dos direitos fundamentais; e, finalmente, d. a existência de amplo e generalizado debate acerca do sentido de tais direitos<sup>39</sup>. Tais teorias, segundo ele, são o pressuposto de uma democracia funcional, capaz de gerar e solucionar as próprias demandas, sem que fosse necessária a intervenção da corte<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> TUSHNET, Mark. 1999, página 12.

<sup>37</sup> Lembro-me da primeira vez em que li “The Core Case against Judicial Review”. Estudante do quinto semestre da matéria de direito constitucional, sob a docência do professor Rodrigo Mudrovitsh, lembro perfeitamente o quanto me assombrou a própria ideia de um mundo sem a corte constitucional, pois o mecanismo de judicial review já estava profundamente encrustado e naturalizado na minha visão de mundo.

<sup>38</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal. v. 115, pp. 1346-1406; 2006.

<sup>39</sup> Waldron, Jeremy, 2006, p. 1361 – 1366.

<sup>40</sup> Waldron, Jeremy, 2006. P. 1360: “*I shall argue that, relative to these assumptions, the society in question ought to settle the disagreements about rights that its members have using its legislative institutions. If these assumptions hold, the case for consigning such disagreements to judicial tribunals for final settlement is weak and unconvincing, and there is no need for decisions about rights made by legislatures to be second-guessed by courts. And I shall argue that allowing decisions by courts to override legislative decisions on these matters fails to satisfy important criteria of political legitimacy.*”

Ele afirma que os defensores do *judicial review* acreditam que as cortes devem agir apenas quando se verificar uma efetiva violação de direitos pelas normas editadas pelo poder legislativo. No entanto, tal argumento seria falacioso, pois mesmo a constatação acerca da violação ou não de direitos, a ideia do que seria essa violação, passaria por um juízo de discussão dentro da esfera popular. Diante de um impasse sobre o detentor legítimo da decisão sobre violação de direitos, Waldron argumenta que a decisão alcançada por maioria dentro de um parlamento representativo seria a mais igualitária e portanto a mais legítima, mais neutra e com maior capacidade para se impor diante de todos<sup>41</sup>.

O que Waldron tenta edificar é uma teoria de legitimidade da hermenêutica constitucional que se sobreponha e se baseie no próprio desacordo de direitos. Quanto maior a controvérsia e a deliberação acerca dessa controvérsia, mais visões distintas, valores controversos e setores da sociedade se agregam à decisão final, tornando-a conseqüentemente mais legítima e representativa. Sobre a legitimidade comparativa entre cortes e os representantes do parlamento, defende Waldron:

If legitimacy is a comparative matter, then it is a staggeringly inadequate response. The system of legislative elections is not perfect either, but it is evidently superior as a matter of democracy and democratic values to the indirect and limited basis of democratic legitimacy for the judiciary. Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decisionmaking. None of this is true of Justices.<sup>42</sup>

Um outro argumento importante desconstruído pelo autor é a discussão acerca de “ditadura da maioria”, que poderia ocorrer caso os direitos fossem interpretados apenas por um corpo legislativo, sendo a corte a única capaz de evitar tal fenômeno. Waldron afirma<sup>43</sup> que a tirania das maiorias é em verdade um evento possível, mas não provável. Tomando-se como base sua segunda premissa – a de que as pessoas dentro da democracia são comprometidas com o significado e o

---

<sup>41</sup> WALDRON, Jeremy. 2006. No próprio resumo inicial do artigo, Waldron edifica seus objetivos: “*The Essay criticizes judicial review on two main grounds. First, it argues that there is no reason to suppose that rights are better protected by this practice than they would be by democratic legislatures. Second, it argues that, quite apart from the outcomes it generates, judicial review is democratically illegitimate.*” (pg. 1346) Durante o trabalho, o autor reforça a ilegitimidade de decisões tomadas por uma cúpula de indivíduos não eleitos (pg. 1353), defendendo que a questão de resolução de desacordos sobre direitos não necessariamente precisam ser resolvido pela cortes, ocorrendo de mais democrática pelo corpo legislativo (pg. 1406).

<sup>42</sup> WALDRON, Jeremy. 2006, página 1391.

<sup>43</sup> WALDRON, Jeremy. 2006, página 1398 - 1399

valor dos direitos fundamentais em sua integralidade, tomando-se o conceito de tirania como “violação de direitos” – seria improvável que o corpo parlamentar tomasse uma decisão que deliberadamente violasse direitos de uma minoria em prol de uma maioria. O comprometimento das pessoas em relação aos direitos fundamentais não guarda relação apenas a direitos individualmente considerados, mas também àqueles imersos em uma coletividade<sup>44</sup>.

Tais autores destacados lideram o caminho e criam o espaço para uma crítica mais profunda ao protagonismo judicial em que nós podemos nos declarar inseridos, não apenas no Brasil, mas também em diversas outras jurisdições, como no Estados Unidos por exemplo. Num panorama um pouco mais recente, podemos citar as teorias de autores como Jack Balkin, Peter Häberle e Bruce Ackermann. Tais teorias têm em comum uma crítica ao protagonismo das cortes (que deve estar presente no sistema, mas não sob o manto da “última palavra”) e uma forma inovadora de hermenêutica constitucional, voltada não à corte em particular, ou ao parlamento, ou à sociedade civil individualmente considerados, mas analisada dentro de um sistema fluido e complexo, que envolve em si diversos autores constitucionais dialogando no espaço democrático. Nesse sistema, não apenas a lei ou a decisão judicial são consideradas interpretação constitucional, mas tudo aquilo que contribui para a evolução de seu sentido.

---

<sup>44</sup> WALDRON, Jeremy, 2006. 1364 – 1366.

## Capítulo 2 – O Debate Proposto por Balkin

A arena democrática é, sem qualquer esforço teórico, a mais fértil relativamente ao embate de ideias distintas, numa visão pluralista de seus indivíduos. Assim como coloca Waldron, o debate é a energia vital que anima a democracia, superando as dúvidas do debate como problema a ser superado, racionalizado, estudado. “*Disagreement on matters of principles is, as I have emphasized, not the exception but the rule in politics*”<sup>45</sup>. A tentativa de negar o debate, ou transformá-lo em algo *superável* em busca de um fictício consenso, uma fictícia estabilidade, já está superado.

Em *Law and Disagreement*, Waldron opera uma defesa dos mecanismos da democracia funcionando sob o prisma do dissenso sobre direitos. Para ele, a luta histórica pelo princípio democrático, pelo direito de maiorias oprimidas conquistarem o direito a *voz* não se deu em busca de um consenso, pelo contrário. Para ele, trabalhadores que exigiram bravamente seus direitos em Peterloo (1819), feministas que acorrentaram-se à Casa Branca, jogaram-se sob os cascos dos cavalos em Epsom, na luta pelo sufrágio feminino, Afro Americanos que enfrentaram policiais armados, cães, entre coisas piores, na luta por seus direitos, o fizeram:

to secure a voice on the matters of political principle that confronted their community. They did not do simply for the sake of a vote on interstitial issues of policy that had no compelling moral dimension. They fought for the franchise because they believed that controversies about fundamental order of their society (...) were controversies for them to sort out, respectfully and on a basis of equality, because they were the people who would be affected by the outcome.<sup>46</sup>

O dissenso já é aceito não como efeito colateral da democracia, mas como sua própria razão de ser. A questão já não gira mais em torno da resolução do dissenso, mas nos *atores* nele envolvidos e na importância de cada um deles.

---

<sup>45</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press. 1999, p.15

<sup>46</sup> WALDRON, Jeremy. 1999, p. 15 - 16

Nesse novo contexto, apresenta-se relevante a teoria proposta por Jack Balkin, em seu livro *The Living Originalism*<sup>47</sup>.

## 2.1 Uma breve explicação da teoria de Jack Balkin

A leitura do livro de Balkin demonstra um incomum fascínio com a ideia de mudança constitucional e construção constitucional. Ao confrontar as ideias de originalismo e constitucionalismo vivo, ele demonstra que nenhuma das duas, singularmente, está correta. O constitucionalismo é vivo na medida em que as pessoas evoluem suas perspectivas e mentalidades, substituindo ideias antigas e valores anacrônicos, que não mais se adaptam aos tempos modernos, e a constituição acompanha isso. No entanto, ela também tem um comportamento originalista, ao manter-se fiel ao que as pessoas acreditam ser correto. A missão da constituição é manter-se fiel àquilo que a soberania popular espera dela. A própria busca do sentido original na linguagem constitucional se altera com o tempo, pois o próprio sentido evolui, assim como o exercício hermenêutico, que sofre diversas modificações com a oscilação das gerações<sup>48</sup>.

A teoria de Balkin é fluida, profundamente realista, quase descritiva da realidade constitucional. Para ele a descoberta constitucional é um exercício constante, diário, operado por diversos *players* no jogo democrático. Exige um esforço contínuo de rompimento e redefinição do passado, assim como uma necessidade latente de orquestrar o futuro. A mudança, no entanto, nem sempre vem a partir de emendas explícitas no texto literal, mas na maneira como se dialoga com aquilo que foi escrito, na forma como as palavras e os conceitos adquirem novos sentidos a partir do cambio cultural.

Ele não defende sua teoria como sendo mais uma teoria argumentativa para nortear os juízes no processo de tomada de decisão. Essa não é sua pretensão. Segundo ele, seria inútil promover uma teoria da atividade jurisdicional e acreditar que, a partir disso, todas as decisões seriam legítimas, e essa pretensa legitimidade automaticamente emanaria para todos os setores da

---

<sup>47</sup> BALKIN, Jack. *Living Originalism*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 2011

<sup>48</sup> BALKIN, Jack, 2011. Na primeira parte de seu livro, *Fidelity*, o explica o sentido de fidelidade para cada uma das teorias, explicando então por que nenhuma das duas pode ser considerada individualmente correta.

sociedade<sup>49</sup>. Sua teoria não se volta para os juízes ou para a atividade de julgar. Ela é muito mais abrangente naquilo que legitima não somente as decisões judiciais, mas o sistema como um todo. O elemento de legitimidade é o agir constitucional, a incessante e diária busca por seu sentido, guiando as pessoas em seus objetivos.

Sua teoria também é inovadora ao considerar os atores constitucionais envolvidos no processo hermenêutico constitucional. Longe de oscilar na velha dicotomia entre corte/parlamento, Balkin busca valorizar todos os agentes de algum modo envolvidos no processo. A sociedade como um todo é responsável pelo projeto hermenêutico da construção constitucional, seja corte, parlamento, mas também organizações estudantis, grupos religiosos, grupos econômicos, movimentações sociais, organizações corporativas, universidades. Ele ressignifica a própria ideia de sentido constitucional, ao buscar incluir diversos estratos sociais no processo que chama de construção constitucional.<sup>50</sup>

A construção constitucional é um processo diário que ocorre em todos os espaços de articulação e troca de ideias, independentemente da vontade de quem o realiza. Sua concretização é o próprio exercício de pensar sobre a constituição, de articular ideias, de debater, de valorizar certos aspectos em detrimento de outros. Balkin expõe como é construída a própria ideia de constituição, crescendo dos debates políticos, da articulação entre os poderes, das mobilizações sociais, da atividade jurisdicional dos advogados, de exercício de interpretação da Corte. O mais interessante é que nesse processo não há hierarquia, todos os elementos só realizam o processo de construção constitucional quando em confronto, quando o diálogo é aberto e o fluxo de ideias de valores se mantém contínuo. É esse intercâmbio constante que ajuda a fundar a legitimidade democrática do sistema.<sup>51</sup>

A construção constitucional ocorre quando há debate nos espaços públicos, quando as instituições criam novas pautas, quando movimentos sociais se originam e se desenvolvem em torno de antigos ou novos anseios, quando acadêmicos se reúnem em debates nas universidades.

---

<sup>49</sup>BALKIN, Jack. 2011. Página 329

<sup>50</sup>BALKIN, Jack, 2011. Página 320. Ao descrever sua teoria, Balkin coloca que “*it is a ‘democratic constitutionalism’, to use Post and Siegel’s expression, because constitutional doctrine is responsive, over time, to a wide variety of political and cultural forces*”. Em toda a terceira parte de seu livro, onde ele descreve o processo de mudança constitucional, ele tem o cuidado de deixar clara a importância da interação entre os diferentes agentes inseridos na democracia.

<sup>51</sup> BALKIN, Jack, 2011. Página 282 -287

Ela ocorre até mesmo durante o exercício ordinário da vivência em sociedade, que tem a potencialidade de gerar a mudança, pois se origina de qualquer fluxo de informações capaz de formular e amadurecer novas ideias. Micropráticas relacionadas às relações de gênero, raça, sexualidade, em qualquer espaço social, são capazes de moldar e modificar o entendimento da ideia de igualdade, por exemplo. Dessa forma, demonstra que é inútil tentar se preocupar com o que é e o que não é atividade de construção constitucional, pois todo tipo de vivência, social ou política, é capaz de culminar em fluxos de ideias que amadurecem para se tornar a efetiva mudança constitucional. Dessa maneira, é possível manter de forma coerente a constituição por muito tempo, construída para que possa fazer sentido para sucessivas gerações. O sistema é construído para responder a mudanças políticas e sociais, porém de maneira a não ser controlado por elas<sup>52</sup>.

Construção constitucional é implementar e aplicar a constituição na prática e construir instituições que realizem as funções constitucionais<sup>53</sup>. Todo o processo constitucional é orientado no sentido de realizar a constituição em sua essência, tanto em situações onde a constituição é vaga ou silente quanto nos momentos onde a carta expressamente demanda a construção de novas instituições ou ordenamentos para a sua plena realização. É um processo contínuo, que depende da mudança das gerações e do fluxo da mentalidade corrente para seguir correndo. *“Under this model of living constitutionalism, successive generations may not reject the Constitution’s texts and principles, but they may decide how best to honor, implement, and apply them through constitutional constructions and doctrinal implementations.”*<sup>54</sup>

Sobre a corte, o autor assegura que é um elemento de importância vital, porém nunca o mais importante ou o detentor da “última palavra”. Tampouco a considera como mero espelho daquilo que ocorre através da sociedade articulada fora dela. O fato de que a corte é uma instituição democrática que deve responder aos anseios da sociedade não a torna um mero objeto reflexivo da vontade da maioria. Apesar de o tribunal constitucional ser, no longo prazo, uma construção dependente da política (pois cada um de seus representantes é apontado pelo representante democrático do momento), ele não é completamente sensível a movimentos políticos efêmeros, e nem o deveria ser.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> BALKIN, Jack, 2011. Página 282 - 287

<sup>53</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 282.

<sup>54</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 327.

<sup>55</sup> BALKIN, Jack, 2011. Página 287 - 293

Apesar disso, as cortes não são insensíveis às organizações sociais. A agenda social de dissensos, as organizações religiosas, as elites econômicas, universidades, escritórios de advocacia, a interação desses elementos é o que gera as pautas para debate, é o que forma os assuntos e os interesses que devem ser levados à corte. Na medida em que o tribunal constitucional julga as questões de interesse postas pela sociedade, ele a molda e transforma, alterando também os temas relevantes que surgem e se sobrepõem, indo novamente de encontro ao julgamento da corte. Sua atividade mais relevante dentro do contexto constitucional é a de racionalizar e legitimar o trabalho do processo político nacional e suas decorrentes construções constitucionais. As cortes agem por provocações e resposta, respondendo a mudanças de valores políticos e culturais, reescrevendo-os na forma de princípios e normas jurídicas que poderão ser usados como precedentes na própria atividade política. Elas racionalizam a atividade política de forma a torná-la coerente com regimes passados e constitucional dentro dos valores vigentes.<sup>56</sup>

Os tribunais constitucionais também atuam de acordo com as coalizações políticas dominantes, rechaçando leis e práticas que refletem valores políticos ultrapassados e também assumindo responsabilidade políticas por escolhas e decisões por demais controversas e complexas, que somente poderiam ser tomadas pelo Judiciário, como *Roe x Wade*<sup>57</sup>. Dessa maneira, é construída uma nova cultura política constitucional, sem que os partidos tenham que se responsabilizar publicamente por decisões polêmicas, mesmo que secretamente anseiem pelos resultados obtidos<sup>58</sup>. Uma crítica que pode ser extraída dessa constatação é que a corte é na verdade uma elite, que trabalha em sintonia com valores de outras elites. Balkin admite que essa é sem dúvida uma constatação correta, pois assim como os tribunais, as coalizações políticas também representam elites. Muito embora ambas sejam porosas a mudanças e reivindicações sociais, sua atividade se concentra no distanciamento e diferenciação dos valores e práticas das não elites<sup>5960</sup>.

---

<sup>56</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 289 - 291

<sup>57</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. 1973. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>> Último acesso em 01.12.2015. Considerada uma das decisões mais polêmicas e importantes dos Estados Unidos, *Roe x Wade* legalizou o aborto nacionalmente.

<sup>58</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 292 - 293

<sup>59</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 320 – 321

<sup>60</sup> BALKIN, Jack. *What Brown Teaches Us About Constitutional Theory*; Virginia Law Review, Volume 90, número 6, Outubro de 2004. Disponível em <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/whatbrownteachesus1.pdf>> Acesso em 09.11.2015. Neste artigo, Balkin demonstra que uma das mais importantes *landmark decision* americana, *Brown x Board of education*, não surgiu magicamente na cabeça do juiz Warren, mas foi o resultado de uma maior visibilidade dos negros dentro do cenário democrático, uma articulação de elites interessadas no resultado, um interesse no poder de voto que a crescente população negra poderia oferecer nas urnas. Não houve um real “heroísmo” da corte, a ficção

A mesma análise feita para o exercício regular dos tribunais como elite pode ser aplicada ao seu exercício quando se está falando em revoluções constitucionais. Tais revoluções são constantemente identificadas como decisões famosas e ousadas atribuídas exclusivamente ao trabalho intelectual dos juízes, quando na verdade deveriam ser atribuídas a um esforço conjunto da corte, das elites políticas, das manifestações sociais como um todo. As revoluções podem se tornar visíveis através do judiciário, porém, elas nunca se iniciam simplesmente pelo esforço dos juízes. Ela meramente responde a anseios sociais e políticos da forma que considerar mais adequada (normalmente pendendo para a posição dos grupos políticos dominantes, mas nem sempre), como ocorreu com as medidas do New Deal nos anos trinta, ou na revoluções por direitos civis nos anos sessenta. Foram rupturas constitucionais marcadamente sociais, que apenas necessitavam da legitimação jurídica constitucional produzida por tribunais constitucionais. Porém, em nenhum dos casos, a revolução partiu de dentro do judiciário<sup>61</sup>.

Não é possível conceber um sistema constitucional em que as cortes não sejam provocadas pelas demandas políticas e sociais de seu tempo. É preciso considerar um sistema complexo e fluido, de atores que se interacionam em nível profundo, onde presidentes legitimamente eleitos apontam juízes para a Suprema Corte, que responderá a demandas culturais, sociais e políticas, moldando a face constitucional de uma geração. Essa, por sua vez, incorrerá em novas demandas, elegendo novos presidentes e políticos, reorganizando todo o sistema novamente. Acima de tudo, os tribunais constitucionais, auxiliados pelos advogados, traduzem a política para a lei constitucional, transportam reivindicações sociais, teses provenientes do exercício da advocacia, debates parlamentares, para dentro do imaginário coletivo da constituição.<sup>62</sup>

Nesse ponto, a teoria de Balkin é híbrida. Os ditos neoconstitucionalistas acreditam na legitimidade do sistema democrático através da hermenêutica constitucional feita pelos juízes, pois eles integrariam a instituição mais capacitada a assegurar os direitos fundamentais. Já teóricos do dito movimento de constitucionalismo popular enxergam nesse exagerado poder da corte uma

---

contra maioria é uma ilusão vendida àqueles que não possuem uma visão mais ampla das reais dimensões do processo. *“Although the Court gravitates toward the views of national majorities, popular opinion and elite opinion may not coalesce, and so the Supreme Court is often caught between them. Because the Court is composed of relatively well-connected professional elites, it tends to follow national elite opinion.”* (BALKIN, Jack. 2004, página 1539)

<sup>61</sup> BALKIN, Jack. 2011, Página 320 -321.

<sup>62</sup> BALKIN, Jack, 2011. Página 88. *“Lawyers will have to translate and reconstruct movement and interest group arguments in ways that judges and other legal decision makers can recognize as legal arguments. Put another way, lawyers and judges translate claims of constitutional policy into claims about constitutional law.”*

falha ilegítima no sistema, capaz de trazer sérios prejuízos ao funcionamento democrático, alguns inclusive propondo a possibilidade sua extinção.

Balkin não se identifica com nenhuma das teorias. Para ele, o juiz não assume o papel de intérprete último da constituição, porém tampouco se traduz no papel de poder antidemocrático capaz de deslegitimar o sistema<sup>63</sup>. A arquitetura democrática é complexa o bastante para absorver várias classes de intérpretes, sem que a corte aja como elemento pejorativo dentro do conjunto. Para além de intérpretes, os juízes assumem o papel de *tradutores*, responsáveis por transformar argumentos jurídicos, mobilizações sociais, pautas políticas e anseios econômicos em direito constitucional. A tradução não é uma atividade consciente, mas uma coisa que os juízes fazem ao completar suas atividades ordinárias, naturalmente internalizando valores políticos correntes para convertê-los em normas constitucionais. A corte não está acima da soberania popular, ou abaixo dela. São apenas diferentes classes de atores constitucionais, porém voltados ao mesmo fim<sup>64</sup>.

O grande problema do *Living Originalism* é que, se aceito como sendo a teoria que melhor descreve as reais condições do constitucionalismo americano, pode gerar construções constitucionais realmente malignas ou resultados profundamente injustos, que estarão legitimados, pois foram concretizados de acordo com os preceitos do sistema. É possível que certos resultados acabem por desrespeitar preceitos democráticos, oprimir minorias e produzir efeitos insatisfatórios. Não é difícil que advogados bem treinados possam fazer uso de maus argumentos, apesar de revestidos de coerência jurídica perfeita e de alto poder de convencimento perante os juízes, produzindo teses em sua essência malignas. No passado, advogados já defenderam a legalidade da escravidão, a sujeição das mulheres, a opressão dos homossexuais, a estigmatização dos negros, tudo em perfeita conformidade com a coerência jurídica<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup>BALKIN, Jack, 2011. Página 304 - 305. Para ele, as cortes funcionam como elites, o que não é o sistema mais democrático possível. Porém ele defende que os juízes tem importante papel democrático, sendo sua atuação legítima (embora posso, através do processo se tornar ainda mais legítima). Ele defende que a política, da mesma maneira, é orquestrada por grupos de elite, que respondem a valores da elite, de maneira similar ao que ocorre nas cortes.

<sup>64</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 300 – 305. Aqui o autor explica o papel das cortes na mudança constitucional, traduzindo demandas políticas, reforçando valores contra majoritários tão somente no âmbito regional (as cortes não tendem a desafiar grandes maiorias nacionais, apenas impor valores nacionais a maiorias regionais), tomando a responsabilidade por certas decisões que não seriam tomadas pela política. Balkin não hierarquiza essas tarefas, tão somente diferenciando papéis no jogo democrático.

<sup>65</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 336 – 339.

Porém, a questão mais importante não é a potencialidade nociva de tais decisões, mas sim os mecanismos que os sistema se utiliza para corrigir esses defeitos. Eis aqui o “*core case*” da tese de Jack Balkin. O autor acredita em um elemento de *fé*, de redenção constitucional através da crença numa efetiva melhora, na plena convicção nos mecanismos que sustentam o conjunto serão capazes de superar, por si só, possíveis efeitos indesejados. Tais resultados negativos não são apenas possíveis, como reais. A correção de tais efeitos é uma questão de confiança em uma redenção constitucional, de um ativismo contrário, de um sistema preparado para corrigir legitimamente eventuais crises em si mesmo, sem que toda a arquitetura se contamine ou se torne ilegítima. Decisões ruins não tornam todo o sistema irregular, se o mesmo tem mecanismos para correção. O fato de que a constituição está nas mãos de todos e não apenas sob controle do poder judiciário é a sua própria razão de ser<sup>66</sup>.

O que Balkin procura demonstrar é que a mudança se dá de forma gradativa, social e pulverizada, muito antes de ser determinada em eventuais pautas de julgamento. Enquanto as grandes decisões jurídicas por muito tempo reclamaram o posto de protagonistas em privilegiada posição sob os holofotes, a teoria de Balkin faz um esforço analítico para descortinar os bastidores daquilo que ocorre por trás dos palcos mais visíveis, aquilo que realmente dá sustento às decisões da cortes. Toda a movimentação social, política, econômica, científica, religiosa, doutrinária, midiática, antes relegada aos espaços de coadjuvantes ou até mesmo de meros expectadores, translada-se para ocupar posições junto aos ditos atores principais na cena democrática.

## 2.2 Sobre a Legitimidade Democrática da Corte no *Living Originalism*

Uma crítica ao autor seria que ele, apesar de reforçar que sua teoria não é centrada em teorias argumentativas de *decision making*, ainda assim deposita muito poder nas cortes, pois elas

---

<sup>66</sup> BALKIN, Jack. 2011 Página 338. “*The question is whether the system of living constitutionalism we have generated through years of construction is a worthy successor to the framers idea of separation of powers and checks and balances – a system that moderates, tests and checks; and one that makes politics both possible and accountable to prudence and reason. This is a question of reason and faith; of practical knowledge and moral commitment to preserving just institutions and working for better ones.*”

são as responsáveis por fazer a escolha entre legitimar ou não revoluções sociais, ignorando, para o mundo jurídico, aquelas que não considerarem demasiado importantes, além de poder invalidar atos perfeitamente legítimos do legislativo. Segundo o autor, as Cortes são elites, e percebem apenas aquilo que é relevante para outras elites, o que poderia ferir o direito de certas minorias não representadas. Além disso, ele frisa que as Cortes representam muitas vezes valores passados, à medida que seus membros foram escolhidos a partir de coalizações políticas passadas. Sua defesa para essa crítica é a de que o sistema não deixa de ser democrático por isso, no entanto, é sempre possível que um sistema se torne ainda mais democrático, a partir dos próprios métodos descritos de mudança constitucional<sup>67</sup>.

Apesar de a tese ainda manter, de certo modo, a obscuridade quanto à real legitimidade da corte de maneira concreta, pode-se dizer com certa segurança que empreende um esforço para superar paradigmas, de alguma maneira até hoje vigentes, de um predomínio da *juristocracia*. Para Cláudio Ladeira:

(...) O que é realmente incompatível com qualquer concepção razoável de democracia é um tribunal cujos membros, não raras vezes, “interpretam” a CF afirmando que “a constituição é aquilo que o STF diz que ela é”, um bordão que explicita os anseios aristocráticos de parte dos profissionais do ramo, o de viver numa “juristocracia”: o governo dos juízes, pelos juízes, para os juízes<sup>68</sup>.

O termo “juristocracia”, empregado pelo autor para descrever o governo dos juízes, pode ser inclusive comparado ao termo utilizado por Platão para definir o governo dos filósofos, “sofocracia”, sendo esse o governo dos mais capazes. Platão, através de Sócrates, descreve uma cidade justa e ideal, que na sua concepção só se realizaria por inteiro através de um particular tipo de governo:

“Unless”, I said, “the philosophers rule as kings or those now called kings and chiefs genuinely and adequately philosophize, and political power and philosophy coincide in the same place, while the many natures now making their way to either apart from the other are by necessity excluded, there is no rest from ills for the cities, my dear Glaucon,

---

<sup>67</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 288. Balkin apelida esse processo de “entrenchamento partidário”, onde presidentes indicam ministros para a Suprema Corte de acordo com visões políticas, ideologias, valores morais, de forma a preservar certas características na democracia mesmo após o término dos mandatos presidenciais. As Cortes tendem dessa forma a defender valores não tão atuais, repudiando mudanças bruscas de entendimento. “*The Federal Judiciary represents a temporally extended majority rather than a current majority.*” (pg. 289)

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição. Crítica Constitucional, Brasília, 27 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da-constituicao/>>. Último acesso em: 18.11.2015.

nor I think for human kind, nor will the regime we have now described in speech ever come forth from nature, and see the light of the sun”.<sup>69</sup>.

Na visão de Platão, um governo *justo*<sup>70</sup> só poderia ser conduzido por pessoas sábias, filósofas, e por isso superiores. O que Platão propõe, no fundo, é um governo encabeçado por uma elite competente para conduzir um povo infantilizado, incapaz de governar a si próprio de maneira eficiente. Para ele, apenas uma elite formada por reis “iluminados pelo saber filosófico” seria capaz de conduzir a república na direção do progresso.

Em sua tese de doutorado, Jorge Galvão<sup>71</sup> define alguns critérios argumentativos falaciosos que podem ter determinado a migração da esfera decisória para as cortes e podem servir como possível explicação para o expressivo crescimento da influência do poder judiciário<sup>72</sup>, entre eles, a suposta necessidade de um elevado conhecimento técnico dos juízes. Quanto à questão da importância dada ao conhecimento técnico dos julgadores, o autor nos explica que, em razão da abertura dos preceitos constitucionais, muitas matérias têm a potencialidade de serem solucionadas por juízes, já que não serão satisfatoriamente resolvidas no âmbito legislativo. A competência do judiciário, na resolução de dilemas constitucionais, aumenta-se consideravelmente, exigindo um maior conhecimento técnico para a adequada resolução dessas questões. No entanto, esse argumento pressupõe que apenas elites intelectuais estariam aptas a dirimir questões constitucionais problemáticas, afastando a legitimidade democrática da esfera parlamentar. Seguiria, em tese, o mesmo argumento de Platão, de que apenas uma aristocracia emancipada pelo conhecimento poderia legitimamente governar, partindo-se do pressuposto de que o povo é demasiado ignorante para fazê-lo por conta própria.

Um outro argumento corrente sobre a importância democrática do poder judiciário seria o fator contra majoritário, de proteção dos direitos fundamentais de minorias constantemente asfixiadas pelas majorias, no cenário das arenas políticas. Balkin, em sua teoria, refuta esse

---

<sup>69</sup> PLATO. The Republic of Plato. Translation by Allan Bloom. Second Edition. Basic Books. New York. 1991. Pg. 153.

<sup>70</sup> PLATO, 1991. Página 123. (443 d, e). Para Platão, a justiça se produz através de uma harmonia e ordem das partes, diretamente ligadas à conquista de objetivos comunitários. Estes seriam os responsáveis por uma condição de felicidade da comunidade e de seus membros. A justiça, aqui, se relaciona muito com a satisfação dos membros dentro do ambiente da *pólis*, sua necessidade de se encaixar em um nicho específico e se sentir nele realizado.

<sup>71</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, 2012

<sup>72</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, 2012. Página 49 - 63

argumento. Para ele, decisões com *Brown vs Board of Education*<sup>73</sup>, ou *Lawrence vs Texas*<sup>74</sup>, são apenas aparentemente contra majoritárias<sup>75</sup>. Ele assume que tais decisões só foram tomadas quando houve suficiente apoio popular, ou segurança política para tanto, ou seja, quando as minorias em questão já possuíam um apoio amplo, não podendo a ação da corte ser defendida como real paladino de oprimidos indefesos. No contexto brasileiro, é paradoxo falar em um suposto valor contra majoritário da corte, quando a maioria esmagadora de seus membros são homens brancos, escolarizados, advindos das classes mais abastadas, ou seja, pertencem às classes sociais com maior capital político no cenário nacional<sup>76</sup>.

### 2.3 A cultura e o inconsciente coletivo

Para entender propriamente a teoria de Balkin, é fundamental compreender a importância da história dentro da trajetória constitucional. A história, as tradições, a consciência de um caminho compartilhado entre as pessoas são os elementos que fazem com que elas interpretem a constituição de formas distintas no decorrer de cada geração.

A história é um elemento fundamental dentro da teoria do *Living Originalism*. A interpretação do passado e sua importância na construção e na vivência do presente são elementos subjetivos que esculpem a própria ideia de constituição ao longo das gerações. Como as pessoas reagem a elementos de seu passado, e como elas desejam que tais elementos sejam incorporados à vivência presente, são análises que se inserem diretamente no processo que Balkin denominou

---

<sup>73</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*. 347 U.S. 483. 1954. Disponível em <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=87&page=transcript>> Último acesso em 22.11.2015

<sup>74</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003. Disponível em: <http://epic.org/privacy/gender/lawrencevtx.pdf> Último acesso em: 19.11.2015. A decisão define como inconstitucionais todas as leis que disponham sobre práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, sendo o caso paradigma uma lei do Estado do Texas que proibia a sodomia entre casais homossexuais.

<sup>75</sup> Vide nota de rodapé número 62.

<sup>76</sup> Na maioria dos gabinetes do STF, existe um quadro com a conformação de todos os ministros que ocupam ou ocuparam as cadeiras do tribunal desde sua criação em 1822, que foram 172. De 172 ministros, após simples observação, nota-se que apenas três são mulheres (Ministras Ellen Grace, Rosa Weber e Carmen Lúcia), e apenas um negro (Joaquim Barbosa). Além disso, após breve análise da biografia dos ministros atualmente em posse (o STF mantém um registro de dados bibliográficos de todos os seus ministros, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=OrdemAlfabetica>) é possível perceber que em sua maioria eles tem em comum as famílias de classes favorecidas, o estudo fundamental e médio em colégios de elite, a vida e mentalidade trabalhadas através das lentes de camadas sociais privilegiadas.

construção constitucional. Ainda, Balkin presta especial atenção aos usos do passado feitos pelos advogados ao construir argumentos legais e aos usos do passado feitos por julgadores no *decision making process*<sup>77</sup>.

Na âmbito do *Living Originalism*, a história tem usos e importâncias distintas. O foco na teoria tecida por Balkin em seu livro não é uma história hermenêutica da interpretação constitucional, mas um estudo cuidadoso dos processos que culminam na construção constitucional como sistema. Na teoria, que envolve diversos atores constitucionais, o foco principal está em como tais atores interagem, quais suas vontades, anseios e papéis, dentro da construção de um sentido constitucional que mais se adapte às facetas de uma geração. É nesse contexto que deve ser entendido o uso da história. Aqui, diferente do originalismo clássico, a história não é um comando, uma obrigatoriedade, mas um elemento capaz de moldar a trajetória do entendimento da constituição pelas gerações. Aqui, na leitura de Balkin, “*In constitutional construction, history is a resource for persuasion, but not a command. (...) People use history as a resource for construction, not as a command. They employ many different kinds of history (...) and they use it in many different ways*”.<sup>78</sup>

O uso da história dentro do *living originalism* é mais cético do que seu uso instrumentalizado na teoria do originalismo. Advogados podem usar a história apenas a seu favor, trazendo a lume eventos passados que são favoráveis a seus argumentos, escondendo outros eventos que seriam de outra maneira desfavoráveis a suas teses. A manipulação da história é apenas mais uma maneira de empreender em construção constitucional.

Porém, a história interessa à construção constitucional tão somente quando traduzida através dos argumentos dos advogados em busca de provar suas teses. A história, dentro do *Living Originalism*, tem um valor muito mais profundo, na medida em que ela molda e diferencia as

---

<sup>77</sup>BALKIN, Jack. The New Originalism And The Uses Of History. The Fordham Law Review. Volume 82. Página 654 Yale Law School, Public Law Working Paper No. 303. Agosto de 2013. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2303980](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303980). Página 642: “*In constitutional construction, adoption history is a valuable resource available to originalists and nonoriginalists alike. Indeed, once they understand how originalist-style arguments actually operate in the construction zone, nonoriginalists and living constitutionalists should have no qualms about appealing to adoption history and making originalist arguments. Using such arguments does not undermine living constitutionalist theories of construction in the least. Refusing to employ adoption history serves no important theoretical principle and has no significant rhetorical advantages; indeed, all it does is limit lawyers’ ability to persuade their fellow citizens through calling on shared traditions and invoking powerful symbols of cultural memory.*”

<sup>78</sup> BALKIN, Jack., 2013. Página 649

pessoas através da cultura, das tradições, das crenças, direta ou indiretamente influenciando no entendimento da própria constituição. A história nos mostra que o entendimento constitucional mudou drasticamente através dos tempos, pois já foram considerados perfeitamente legítimos a escravidão, a discriminação com base na cor e no gênero, a criminalização de práticas homossexuais. E certamente nossa geração tem práticas naturais e corriqueiras que serão consideradas como absurdas daqui a alguns anos. A história é central na teoria de Balkin na medida em que ela é o elo de conexão entre os atores da construção constitucional, o elemento de identidade que legitima a constituição. A história, o conjunto de crenças, culturas e tradições, não é una, mesmo dentro de uma única nação, e as discussões acerca de qual seria a interpretação e vivência mais corretas são parte fundamental do processo de construção constitucional.

Because people living within a tradition treat it as constitutive of their identities, they generally assume that what tradition teaches has a powerful appeal about how we should behave today. But people also disagree about how to describe and characterize tradition, and the level of generality at which we should understand and apply the teachings of the past; they also disagree about what elements of tradition are living and still worthy of respect and what elements have been superseded or rejected. Originalist argument in constitutional construction follows the same rhetorical patterns<sup>79</sup>.

Carl Jung, renomado psicanalista do século XX, cunhou o conceito de “inconsciente coletivo”, que seriam vivências não pessoais decorrentes de experiências de vida, mas conceitos universalizantes, comuns a toda uma sociedade que reconhecesse possuir origens e trajetórias comuns. Ele acreditava que tais experiências eram hereditárias, o que hoje sabemos ser impossível. No entanto, o que interessa em seu conceito é a consciência compartilhada de pertencimento, cunhada em conceitos como cultura, tradição e crença. Jung, definindo o inconsciente coletivo, afirma que “*trata-se da manifestação da camada mais profunda do inconsciente, onde jazem adormecidas as imagens humanas universais e originárias*”<sup>80</sup>. A ideia de uma consciência comum a várias pessoas dentro de um mesmo contexto pode ser analisado como um conceito psicológico de *cultura*, de *identidade*.

---

<sup>79</sup> BALKIN, Jack. *The New Originalism And The Uses Of History*. The Fordham Law Review. Volume 82. Yale Law School, Public Law Working Paper No. 303. Agosto de 2013. Página 654 Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2303980](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303980) Último acesso em 22.11.2015

<sup>80</sup> JUNG, Carl. *Espiritualidade e Transcendência*. Seleção e edição de Brigitte Dorst. Editora Vozes. 2015, página 39

Muito embora o povo americano tenha profundas divergências quanto ao real significado dos acontecimentos históricos e culturais, e quanto à sua efetiva relevância para a cultura constitucional, é o reconhecimento dessa cultura compartilhada que traz legitimidade ao processo.

Parece vital, para o entendimento da doutrina de Balkin, que se pressuponha essa ideia de pertencimento e identidade, essa concepção que legitima uma trajetória constitucional comum, onde as pessoas se percebem unidas por vínculos sociais, culturais, políticos, econômicos, por uma trajetória histórica comum. Necessário observar que as pessoas se reconhecem como inseridas em um mesmo contexto e que possuem a missão coletiva de melhora do sistema, através das discussões democráticas, dos debates, das agendas que são levadas à Corte. Aqui, não se considera o indivíduo como um elemento isolado, o sistema funciona através da interação da coletividade. Segundo o autor:

“In evaluating a constitutional and political system, we can focus our normative judgments on what individuals in a system should do within the system, or on how the system operates as a whole. Sometimes we should focus on improving individual behavior, but sometimes the system is the proper focus”<sup>81</sup>.

Essa dicotomia entre indivíduo e sociedade é vital em sua teoria, na medida em que a interação entre esses elementos é o próprio motor que impulsiona as mudanças sociais. A partir dessa constatação, é possível perceber a importância de uma análise histórica, ou, mais do que isso, a mensuração da importância do próprio tempo para a formação, consolidação e perecimento das mudanças constitucionais. O tempo é o próprio juiz que define a efemeridade ou a canonicidade das construções constitucionais e sua intrínseca relação com a trajetória histórica vivida pelos próprios entendimentos constitucionais. No entanto, o tempo experienciado pelas modificações e realidades sociais não é, em absoluto, o mesmo tempo do texto constitucional. A relação entre esses tempos é carregada de nuances históricas, jurídicas, culturais, que aqui se fazem pertinentes como objeto de estudo. Para Cristiano Paixão:

A temporalidade, inerente à maior seletividade, a abertura do futuro a novas possibilidades, a inexistência de um núcleo argumentativo *ab extra* ao qual o direito necessite guardar observância, enfim, a positividade do direito, são conquistas evolutivas da sociedade moderna. São frutos da mudança, ocorrida a partir do século das Luzes, do estilo do direito e da própria noção de tempo. (...) Não é preciso maior aprofundamento no estudo da evolução do fenômeno constitucional para que se possa inferir que o núcleo

---

<sup>81</sup> BALKIN, Jack. 2011. Pg. 328.

assim considerável imodificável de cada Constituição está sujeito à passagem do tempo, sendo passível, evidentemente, de evolução material.<sup>82</sup>

Com esse espírito de valorização das mudanças históricas, das manifestações culturais e dos anseios sociais para a manutenção de uma constituição mais em conformidade com as ideias e mentalidades emanadas pela sociedade, é possível introduzir um estudo diferenciado acerca das mutações ocorridas pelo direito de família e seus profundos reflexos constitucionais. Valoriza-se aqui não apenas uma mera análise de doutrina jurídica ou de criatividade legislativa, mas procura-se demonstrar como o processo ocorreu sob a superfície do direito posto, como a sociedade se altera em sua relação eterna e dicotômica com a hermenêutica constitucional.

### Capítulo 3 – Concepções de Família

A própria palavra “família” se constitui numa ponte interessante entre a vivência social pura e a análise teórica de institutos jurídicos que dela decorrem. Em outras palavras, o conceito de família se mostra como um perfeito elo entre direito e sociedade. Juridicamente, família é um

---

<sup>82</sup> PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Del Rey, Belorizonte, 2002. Página 293 - 294

instituto reconhecido pelo direito civil, do qual decorrem diversos outros institutos relevantes à prática legalista. Entre eles, a paternidade, a maternidade, a filiação, a emancipação de menores, a adoção, tutela e curatela, a sucessão e a herança, o poder familiar. Mais profundamente, a família também é um instituto que interessa ao direito, já que indiretamente define a direção de outros matizes políticos, entre eles escolaridade, inserção no mercado de trabalho, previdência social. Socialmente, de acordo com jurisprudência de Ayres Britto, a família é um microcosmo de indivíduos unidos por laços comuns de afeto, não necessariamente consanguíneos, amparados entre si em um objetivo comum de dignidade.

É impossível separar a família em sentido jurídico da família de acordo com um imaginário social e cultural. Dissociá-las seria admitir que o direito é uma entidade independente da cultura humana em que se insere, o que para Balkin seria impensável. O que se propõe aqui é um exercício analítico, de entender direito e sociedade como conceitos distintos, mas com diversos pontos de interação, onde as mudanças de um interferem no desenvolvimento do outro, de maneira recíproca e interdependente. Afinal, Balkin não se limita a afirmar que a mudança constitucional emana de maneira unilateral das manifestações culturais distintas de cada geração. As mudanças sociais também são modificadas por aquilo que se entende por constituição em um dado período de tempo, dando continuidade a um processo cíclico, poroso e pulverizado, a própria trama tecida pela vivência democrática, na qual todos os indivíduos estão de alguma forma inseridos

A teoria do *Living Originalism* adquire vida e dinamismo através da análise e da inserção na vida concreta. O próprio autor admite que a construção constitucional é, em último caso, uma obra da civilização cultural, daquilo que as sociedades constroem a partir de suas vivências, crenças, valores, instituições. A cultura é seu objeto último, enquanto criação e renovação da sociedade. Não se pode distanciar o conceito de constitucionalismo da ideia de um desenvolvimento cultural humano, sempre vinculados pelo espírito de fé e redenção do sistema.

Parafrazeando a famosa frase de Heráclito, “ninguém mergulha no mesmo rio duas vezes”<sup>83</sup>, Balkin afirma que “one cannot participate in the same Constitution twice”<sup>84</sup>. O autor se

---

<sup>83</sup> Heráclito, conhecido como o filósofo obscuro, externava seu pensamento por meio de enigmas. Até mesmo dados de sua biografia são obscuros, pouco se sabendo sobre ele nos dias de hoje, despertando o fascínio de diversos pensadores modernos, destacando-se Heidegger entre eles. A tradução mais aproximada de sua famosa frase é algo como “para os que entram nos mesmos rios, outras e outras são as águas que correm por eles” (Heráclito, Alegorias Homéricas, alegoria 24).

<sup>84</sup> BALKIN, Jack. *Constitutional Redemption*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. 2011, pg. 1.

refere ao caráter transitório e fluido dos cenários constitucionais, que se alteram da mesma maneira com que oscilam os próprios ideais, valores e expectativas vigentes. Abstrações com pretensão potencial de perenidade se mostram ilusórias frente à inexorável força das metamorfoses humanas. A mudança constitucional se mantém em simetria com aquilo que floresce ou padece no contexto dos intrincados códigos sociais. Da mesma maneira, os paradigmas familiares, seus conceitos e relações, são reféns do próprio tempo, mostrando-se infundada qualquer fantasia de canonicidade absoluta.

É nesse contexto que se analisa o próprio desenvolvimento do conceito de família, sob a ótica brasileira, guiada por aquilo que Balkin nomeia de *Constitutional Construction*. A família, base dos agrupamentos humanos e célula fundamental do desenvolvimento social, aqui se apresenta como um paradigma de análise das tendências de mudança e evolução experimentadas pelo próprio fluxo geracional, com enfoque no Brasil. Trata-se da iniciativa de entender o que a palavra *família* designa, não de maneira absoluta ou engessada, mas como um reflexo daquilo que fervilha sob as camadas sociais de cada geração específica. Conceituar família, assim como conceituar seus institutos (paternidade, maternidade, filiação, laços afetivos) é muito mais do que um mero exercício gramatical, é exatamente uma imersão nos complexos significados que constroem e definem os agrupamentos humanos através do tempo.

Jacques Lacan, em seu ensaio Complexos Familiares<sup>85</sup>, defende que a concepção de família transcende meras descrições biológicas, atingindo antes o *status* de abstração cultural. É uma estrutura psicossocial maleável, servindo aos usos das conformações humanas. Para ele, a análise psicológica da família “*deve se adaptar a essa estrutura complexa, e não tem o que fazer com as tentativas filosóficas que tem por objeto reduzir a família humana seja a um fato biológico, seja a um elemento teórico da sociedade*”<sup>86</sup>.

Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua chamada acertadamente de materna. (...) mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> LACAN, Jacques. Complexos Familiares. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2002. Originalmente, o ensaio escrito em 1938 era direcionado ao tomo VIII da *Encyclopédie Française*.

<sup>86</sup> LACAN, Jacques, 2002. Pg 12.

<sup>87</sup> LACAN, Jacques. 2002, pg 13

Para Rodrigo da Cunha Pereira, “*somente após a passagem do homem da natureza para a cultura que se torna possível estruturar a família*”<sup>88</sup>. Para ele, a família é, por excelência, o ambiente em que se desenvolve o homem, em que se dá seu reconhecimento como sujeito, e somente a partir daí torna-se capaz de estabelecer relações de diversas naturezas no contexto da vida em sociedade. O direito de família, para o autor, desenvolve-se de maneira descritiva, em que os teóricos jurídicos procuram positivizar e regulamentar aquilo que já existe, sendo desejada e necessária uma adaptação à constante mudança dos institutos.

“*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. É o que diz o caput do artigo 226 da nossa Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988. A análise da família como uma entidade fundamental à formação do indivíduo, e como tal da sociedade, no entanto, remonta a tempos muito mais remotos que a reinauguração do plano democrático brasileiro no final da década de oitenta.

### 3.1 Uma Reconstrução Histórica do Conceito de Família no Brasil

Pontes de Miranda, em seu livro *Direito de Família*<sup>89</sup>, publicado em 1917, introduz sua doutrina explicando a origem do balizamento do instituto, patriarcalista e patrimonialista, e o tratamento jurídico a ele reservado. Muito embora a grafia nominal da palavra família continue muito semelhante em relação ao contexto em que foi cunhada, tudo o mais se transformou radicalmente. O sentido da palavra, seus usos e valores, sofreram metamorfoses irreversíveis através dos tempos. Para Reinhart Koselleck, os significados das palavras formam uma rede semântica que se altera constantemente, absorvendo princípios e padrões sociais muitas vezes invisíveis a um primeiro olhar.

Com o passar do tempo, evidentemente, os pares concretos de conceitos modificam sua qualidade e seus efeitos. Os espaços da experiência se deslocam, revelando novos horizontes de expectativas. As possibilidades linguísticas aumentam ou caem em desuso, os velhos significados empalidecem ou são enriquecidos, de modo que, no emprego dos conceitos antiéticos, a sequência cronológica é irreversível. (...) a história nunca se

---

<sup>88</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*: Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012, pg. 19.

<sup>89</sup> MIRANDA, Pontes de. *Direito de Família*. Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1917, introdução

identifica com seu registro linguístico nem com sua experiência formulada, condensadas oralmente ou por escrito, mas também não é independente dessas articulações linguísticas<sup>90</sup>.

Partindo-se então dessa análise sobre as origens da palavra, para situar o presente estudo, seguimos com uma investigação mais cuidadosa sobre as mudanças sofridas pelo instituto no Brasil.

### 3.2 Considerações sobre Código Civil de 1916 e a Importância do Casamento

O estudo da história da família é indissociável da trajetória de seus significados. No Brasil, em especial, o estudo da família se inicia necessariamente de uma análise mais pormenorizada da instituição do casamento. Muito embora a primeira Constituição Brasileira, a Constituição do Império de 1824, tenha sido silente a respeito da proteção à família, as constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 foram relativamente unânimes em atrelar o conceito e a proteção da família ao casamento civil indissolúvel entre homem e mulher. Sob a égide dessas constituições, não se reconheciam juridicamente conformações familiares que fugissem a esse padrão descrito.

A partir da análise literal dos dispositivos das citadas constituições passadas, é possível perceber a gigantesca importância atribuída ao instituto do casamento no exercício de conceituação e proteção das instituições familiares, sendo o casamento civil dissociado da cerimônia religiosa por decreto editado em 1880. O casamento fundava a família, e, de maneira contrária, o vínculo não precedido pelo casamento jamais poderia ser batizado de família. Família e casamento eram, dessa forma, dois conceitos umbilicalmente relacionados. Havia também uma especial preocupação com a procriação como objetivo da conformação familiar, razão pela qual não se admitiam uniões entre o mesmo sexo. A valorização dos laços de sangue também se mostrava presente, em especial na rejeição institucional e sistemática da prole gerada fora do pacto matrimonial. Num delicado exercício arqueológico, é possível atestar essas afirmativas a partir do

---

<sup>90</sup> KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos*. Editora Puc Rio. Rio de Janeiro, 2011. Página 196

cotejo da doutrina jurídica que corroborava tais ideias à época. Na lição de Clóvis Beviláqua, publicada em 1908:

No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consaguinidade, cuja efficacia se estende ora mais larga ora mais restrictamente, segunda as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie. (...) A forma igualitária actual, si não é a mais forte e si espera modificações do tempo para accentuar-se melhor, é, certamente, mais própria do que as suas precursoras, para satisfazer ás necessidades hodiernas da conservação da espécie, assim como para dar maior expansão para a vida physica, econômica e moral do indivíduo<sup>91</sup>.

Pontes de Miranda, em tratado publicado em 1917, critica arduamente o surgimento do código civil, em 1916, comparando-o a um saque bárbaro, uma pilhagem sangrenta, sem qualquer base doutrinária. Seria “*uma ação arbitraria das maiorias legislativas, que não tem a maturação necessária à consciência de sua responsabilidade.*”<sup>92</sup> Certamente, o surgimento de um novo código organizado e esquematizado, sob grande influência napoleônica<sup>93</sup>, iniciava-se como um surpreendente contraste com a escassa fonte de direito civil anterior a 1916, uma mistura desordenada de direito romano, ordenações Filipinas, costumes ordinários, ditames religiosos, jurisprudência e doutrina<sup>94</sup>.

Para Pontes de Miranda, a família era inaugurada pelo casamento civil, ato solene entre homem e mulher capazes, indissolúvel em sua essência, destinado a fundar a convivência por toda a existência. Família, para a concepção civil, seria “Conjunto de pessoas ligadas pelo vinculo de consaguinidade até um ponto que as leis fixam, por afinidade, ou por um parentesco civil oriundo de adoção”<sup>95</sup>.

O código civil de 1916 corrobora o que disseram os dois autores citados. A família se inaugurava pelo casamento legítimo, o qual só podia ser dissolvido pela morte, pela anulação ou pelo *desquite*<sup>96</sup>, um tipo de ação que se concentrava na busca de um culpado pela dissolução do

---

<sup>91</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Livraria Contemporânea, Recife, 1908. Pg. 3

<sup>92</sup> MIRANDA, Pontes de. 1917, introdução

<sup>93</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2012. Pg.70 O autor explica que o código civil francês de 1804, também chamado de código napoleônico, colocava a mulher em uma relação de inferioridade para com o marido, impondo-a o dever da obediência, reconhecendo uma clara hierarquia na autoridade do marido.

<sup>94</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. B. L. Garnier, Rio de Janeiro, 1869. Pg. XIII

<sup>95</sup> MIRANDA, Pontes de, 1917. Pg 2

<sup>96</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Mulher no Código Civil*. Disponível em [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18\\_a\\_mulher\\_no\\_codigo\\_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_a_mulher_no_codigo_civil.pdf). Último acesso em 03.12.2015. Segundo a autora, ao comentar o Código Civil de

vínculo marital. O desquite só se daria pelo adultério, pela tentativa de morte de um dos cônjuges, pela injúria ou pelo abandono do lar conjugal. O pátrio poder era exercido pelo marido e pai, que inclusive tinha a prerrogativa de autorizar ou não sua mulher a exercer profissão. O código também é bastante enfático quanto à legitimidade dos filhos concebidos dentro da constância do casamento, sendo ilegítimos aqueles gerados de forma alheia ao vínculo marital. O adultério, ainda, inviabilizava qualquer tentativa posterior do reconhecimento de legitimidade de uma eventual prole, criando para a criança o inseparável estigma de “*bastardo*”.

Não se pode, no entanto, considerar que a doutrina da indissolubilidade do casamento era amplamente aceita e pouco criticada na época. Em um artigo do jornal *O Paiz*, datado de 11 de agosto de 1912, o colunista Oscar Lopes discute sobre a votação iminente de um projeto de lei sobre divórcio, colocando-se a favor, por considerar que seria uma imensa conquista para as mulheres:

Na maioria dos casos de separação de esposos, da maneira que é praticada no Brasil, enquanto o marido não sofre a menor diferença na vida social, a mulher padece-as todas. Para ele, a existência continua a ser a mesma de antes o que era, ou melhor, por que ele se encontra de novo na posse pela de sua liberdade. Para ella, porém, a partir do momento do desquite, o que a vida lhe reserva é toda uma série de desgostos. Em face da sociedade, ella é uma mulher a parte. Por mais excelsas que sejam as suas virtudes, ella permanece aos olhos de todo mundo como uma criatura suspeita. A hypocrisia da sociedade vê nella um perigo e uma tentação. (...) Dizem-lhe que o divórcio é imoral, que promove a dissolução dos costumes, rebaixa a mulher e sacrificca os filhos. Em geral essas afirmativas logram convencer, porque a família brasileira é ingênua. (...) O divórcio não é uma questão de religião, é uma questão de humanidade<sup>97</sup>.

Muito embora artigos como esse em um jornal de grande circulação no Rio de Janeiro da época demonstrem que a discussão era acalorada, a lei do divórcio só veio a lume muitos anos depois, em 1977. O código civil de 1916, como já afirmado, fez uma clara escolha pela eternidade do vínculo, demonstrando talvez que o parlamento ainda era muito influenciado por ideias moralistas e religiosas.

Para buscar entender essas intrincadas relações familiares de outrora, com seus simbolismos próprios e códigos hoje em desuso, pode-se recorrer à arte literária, que também é uma forma de

---

1916: “*O casamento era indissolúvel. Só havia o desquite – significando não qüites, em débito para com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento.*”

<sup>97</sup> LOPES, Oscar. Jornal *O Paiz*. Anno XXVIII – No 10.171. Rio de Janeiro, 11 de Agosto de 1912. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691\\_04&PagFis=13140](http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691_04&PagFis=13140) Último acesso em 22.11.2015

arqueologia do passado. Mario Vargas Llosa, ao descrever o laborioso exercício literário, afirma que “*pensar, inventar e imaginar com o uso da pluma é uma forma magnífica de atuar e imprimir uma marca na história; em cada capítulo, se comprova que as grandes convulsões sociais ou os miúdos destinos individuais estão visceralmente articulados com o impalpável mundo das ideias e das ficções literárias*”<sup>98</sup>. Não por outro motivo, a fascinante arte da literatura se apresenta como traço marcante de cada época, de cada mentalidade, de cada crítica, sendo importante seu estudo para uma compreensão histórica mais sensível.

*O Rei da Vela*, obra de relevo no modernismo brasileiro, escrita por Oswald de Andrade, é um veículo de propagação das principais críticas com relação ao imaginário da instituição do casamento na época. O livro, recheado de paródias e simbolismos sociais, se ambienta na grande depressão do início da década de 30, e tece a história de um bem sucedido agiota que vende velas para enterro que se casa por interesse com uma aristocrata cuja família perdeu muito dinheiro pela quebra da economia, mas que mantém ainda o título de nobreza. O autor representa o casamento como um contrato de troca de favores, em ampla crítica à sociedade da época.

HELOÍSA — O nosso casamento é um negócio... (...)

HELOÍSA — Em troca da minha liberdade. Chegamos ao casamento... Que você no começo dizia ser a mais imoral das instituições humanas.

ABELARDO I — E a mais útil a nossa classe... A que defende a herança...

HELOÍSA — Enfim... aqui estou... negociada. Como uma mercadoria valiosa... Não nego, o meu ser mal-educado nos pensionatos milionários da Suíça, nos salões atapetados de São Paulo... vivendo entre ressacas e preguiças, aventuras... não pôde suportar por mais de dois anos a ronda da miséria...

ABELARDO I — Conheço uma só coisa, a realidade. E por isso subjugo você que é sonho puro...<sup>99</sup>

Destes trechos, pode-se destacar a natureza negocial do casamento da época, onde Heloísa se submete ao casamento apenas por sua carência econômica. Também deixa claro que ao se casar, a noiva abre mão de sua liberdade, tornando-se mais uma entre as propriedades do marido, uma *mercadoria valiosa*. A mulher passa a ser *subjugada* aos caprichos de seu esposo. O caráter patrimonial do casamento resta ainda claro na utilização do instituto como forma adequada de

---

<sup>98</sup> LLOSA, Mario Vargas. *A Civilização do Espetáculo – Uma Radiografia do Nosso Tempo e da Nossa Cultura*. Objetiva, 2012. Página 85

<sup>99</sup> ANDRADE, Oswald de. *Obras Completas – Teatro. O Rei da Vela*. Civilização Brasileira, 1973. Página 81

dispor e transferir bens aos legítimos herdeiros, através da herança. Ainda, o casamento permanece como uma entidade reservada às elites, o que ressalta ainda mais seu caráter patrimonial<sup>100</sup>. Para Samara, “*isso significa que os casamentos celebrados durante o período eram uma opção apenas para uma certa parcela da população e estiveram preferencialmente circunscritos aos grupos de origem, representando a união de interesses especialmente entre a elite branca. Esta, interessada na manutenção do prestígio e da estabilidade social procurava limitar os casamentos mistos quanto a cor, assim como em desigualdade de nascimento, honra e riquezas.*”<sup>101</sup>

Destacável, ainda, um dos artigos mais surpreendentes entre os citados, pela imensa carga valorativa, que inclusive transborda e perdura de maneira indireta até os dias de hoje:

Art. 324. A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido<sup>102</sup>.

A tradução desse artigo, assim como tantos outros do Código Civil de 1916, tem como efeito a imersão em um mundo onde os valores eram completamente diversos, assim como o próprio significado das palavras. Aqui, o uso do nome do marido pela esposa é mais que um direito, é uma posição social privilegiada, o atestado de tomar parte numa união conjugal legítima e reconhecida perante o estado. Ser “condenada numa ação de desquite” significava que a mulher tinha cometido um “crime” contra a instituição familiar, perdendo, junto com o sobrenome do marido, o direito de dela pertencer. É um conceito moral de família bastante diverso daquele que conhecemos hoje. E no entanto por muito tempo se manteve válido, regulamentando incontáveis uniões conjugais. Ainda, como o desquite só ocorreria diante de situações ditas desonrosas, a mulher desquitada era discriminada, assumindo o termo um teor valorativo altamente negativo<sup>103</sup>.

Entre outras considerações, o código civil de 1916 colocaria ainda que a adoção só poderia ser exercida por pessoas com mais de cinquenta anos, casadas e sem prole legítima, podendo ser

---

<sup>100</sup> COPPOLA, Camila Santos. SILVA, Oséias Vasconcelos Andrade Pereira da. *O Casamento por Interesse em o Rei da Vela*. Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em [http://www.fespsp.org.br/uploads/trabalhos\\_tematicos/Camila\\_Coppola\\_Oseias\\_FINAL\\_2012.pdf](http://www.fespsp.org.br/uploads/trabalhos_tematicos/Camila_Coppola_Oseias_FINAL_2012.pdf). Último acesso em 21.11.2015. Página 8

<sup>101</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. *Casamento e papéis familiares em São Paulo no século XIX*. *Cad. Pesqui.*, Maio 1981, no.37, p.17-25. Página 18. Disponível em: <http://educa.fcc.org.br/pdf/cp/n37/n37a02.pdf>. Último acesso em 21.11.2015

<sup>102</sup> REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Lei Federal nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Artigo 324.

<sup>103</sup> FAVÉRI, Marlene de. *Desquite e divórcio: a polêmica e as repercussões na imprensa*, Caderno Espaço Feminino, v. 17, n. 01, Jan./Jul. 2007 pg. 341.

Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/viewFile/445/414>> Último acesso em 12.11.2015

anulada por posterior “ingratidão”. Sobre os poderes do patriarca, ele possuía ainda as prerrogativas de rejeitar e deserdar a filha legítima que considerasse desonesta e também de anular o casamento caso, sendo ele o noivo, descobrisse que sua noiva não era virgem (sendo a virgindade da esposa uma maneira de assegurar que os filhos seriam indiscutivelmente legítimos, não sendo valorizada a contrapartida masculina).

Muito embora tais princípios soem como absurdos e relativamente distantes, é válido lembrar que foram aplicados licitamente até 2002, porém, com uma carga valorativa completamente diversa da época em que editada a lei, já que opiniões dessa natureza causam um óbvio espanto quando proferidas em pleno século XXI. Abaixo, trecho de um acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, publicado no ano de 1998 (ou seja, já sob a égide da Constituição Federal de 1988):

Comprovado nos autos, através do laudo de exame de conjunção carnal, o defloramento da mulher, o que era ignorado pelo marido, acertada a decisão que anula o casamento, na forma prevista nos artigos 218 e 219, IV, do código civil, por erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, já que a ação foi proposta antes de dez dias da celebração do enlace<sup>104</sup>.

O processo de mudança social dos institutos não é repentino, e nem o foi em relação à evolução do conceito de família no Brasil, como corrobora a simples análise da inteligência de decisões judiciais como a citada acima. Mudanças de significado ocorreram gradativamente, lado a lado com revoluções sociais de grande renome, evoluções tecnológicas profundas, câmbios de conceitos coletivos antes considerados unânimes, bem como por meio de críticas nos mais diversos círculos sociais, fomentadas por textos literários como o de Oswald de Andrade ou até mesmo por artigos de jornais, como o do *O Paiz*. O micro e o macro das mudanças ocorrem de maneira não paralela, mas profundamente entrelaçada, uma dança orquestrada que só poderá ser completamente apreciada muito tempo depois.

### 3.3 A Valorização da Mulher e a Catalisação de Mudanças Sociais a partir dos anos 50

---

<sup>104</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Processo 0902074-14.1997.8.08.0000. Relator Desembargador José Eduardo Grandi Ribeiro. Unânime. Terceira Câmara Cível. Julgamento em 30.06.1998.

As revoluções feministas que abalaram o século XX foram de grande importância para a mudança paradigmática do papel da mulher dentro da sociedade, afetando de maneira direta e profunda a própria ideia corrente não só de família, mas de sociedade como um todo. Entre essas mudanças pode-se colocar o direito ao voto feminino, assegurado pela primeira vez na constituição de 1934. Mudanças nas concepções familiares também foram responsáveis pela edição da lei 883, de outubro de 1949, que dispunha sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, agora detentores de mais direitos do que antes, mas ainda segregados e inferiorizados em relação aos ditos legítimos. Os câmbios econômicos também afetaram a vida doméstica ao demandar uma maior força produtiva, inserindo a mulher no mercado de trabalho. Os livros de Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo* (1950), e de Betty Friedan, *A Mística Feminina* (1963), foram determinantes para um estudo mais organizado do feminismo, modificando cada vez mais rapidamente o papel da mulher dentro da sociedade da época.

Impulsionado por essa efervescência ideológica, surge o estatuto da mulher casada, que embora não fosse ainda um corolário da igualdade entre os gêneros, já assegurava outros direitos ainda inéditos à mulher da época, dando-lhe por exemplo a relativa capacidade civil, estranha ao código de 1916, que considerava a mulher como absolutamente incapaz. É interessante perceber como as mudanças sociais influenciaram na criatividade legislativa e também como ocorria o processo inverso, já que a dinâmica de novas leis tem efeitos incertos e inesperados na própria arquitetura social. Assim como descrito por Balkin, existe um processo cíclico e complexo de correlação entre os fenômenos interpretativos, culminando na evolução dos conceitos constitucionais.

No entanto, uma das maiores e mais inovadoras revoluções da década de sessenta veio na forma da pílula anticoncepcional. Ela foi capaz de alterar significativamente os eixos das relações domésticas, não estando mais as mulheres amordaçadas aos fins reprodutivos das relações conjugais. A temerária percepção de que as mulheres passaram a ter poder sobre seus corpos, sua prole, seus relacionamentos afetivos, acabou por afetar profundamente as bases dos laços matrimoniais, agora também submersos na clara ideia de um planejamento familiar. A mulher era capaz de controlar sua vocação reprodutiva e materna, podendo mais facilmente inserir-se no mercado de trabalho, dedicar-se a uma profissão e planejar um número menor de filhos. O mundo feminino, antes atrelado a um fixo universo de maternidade e continuidade doméstica, lentamente

começa a mudar seu eixo de gravidade, atraído pelas diversas possibilidades de uma vida exógena ao simples dever de “casar e ter filhos”.

Reproductive freedom affects a woman's sexual and health freedom, relationship choices, educational and professional pursuits, economic freedom, and her ability to provide for her family. Essentially, reproductive freedom affects almost every aspect of a woman's life. As such, contraceptives are inextricably tied to the women's rights movement because they allow women to pursue their ambitions.<sup>105</sup>

Foi em meio a essa ebulição social e inquietação cultural que surgiu uma figura controversa no cenário brasileiro. Nelson Rodrigues era escritor e dramaturgo, que gostava de escrever sobre os relacionamentos humanos, em especial os dramas familiares. Sua escrita era ousada, vanguardista, irreverente, polêmica, por vezes ofensiva, escatológica, trágica, tão destoante dos padrões da época que lhe rendeu o apelido de o Anjo Pornográfico. Foi um grande observador e crítico dos costumes, em especial das décadas de 50 e 60, anos em que se ambientam a maioria de suas obras. Seus temas orbitavam entre o casamento, o adultério<sup>106</sup>, os filhos bastardos e legítimos, o abandono afetivo, a morte, o luto, o recato feminino, o ciúme, a vingança, o sexo, o incesto<sup>107</sup>.

Durante os anos 60, dedicou-se a obras como “A Vida Como Ela É”, uma coletânea de crônicas que exploraram diversos aspectos dos relacionamentos humanos. Em “A Coroa de Orquídeas”<sup>108</sup>, um marido de luto pela morte recente da mulher descobre que foi traído. No momento do enterro, ele a fere com facadas, encolerizado, pois acreditava profundamente em seu recato e fidelidade. A traição feminina era uma ofensa que merecia a morte, figurada ou literal. Em um outro conto, “Toquinho de Braços”<sup>109</sup>, uma mulher que se sentia inferiorizada por não conseguir ter filhos de seu marido decide traí-lo para tentar engravidar. A criança, no entanto, nasce com toquinhos no lugar de braços, num claro castigo divino por seu comportamento

---

<sup>105</sup> PRIMROSE, Sarah. *The Attack On Planned Parenthood: A Historical Analysis*. UCLA Women's Law Journal. 165, 2012 pg 183.

<sup>106</sup> Ao ler as crônicas de Nelson Rodrigues, constantemente é possível se deparar com a palavra “espeto”, que é o vocabulário que o autor usa para se referir à traição.

<sup>107</sup> Ele mesmo se mostrava uma figura controversa em sua vida pessoa. Testemunhou o assassinato do irmão, moro a tiros na redação do jornal em que trabalhavam. Teve ainda três filhos fora do casamento, que nunca chegou a reconhecer, e que foram atestados como seus filhos após sua morte, com o surgimento dos testes de paternidade nos anos 90. Existem diversas biografias publicadas sobre o autor. Uma das mais famosas é a escrita por Ruy Castro: CASTRO, Ruy. *O Anjo Pornográfico*. Companhia das letras, 1992.

<sup>108</sup> RODRIGUES, Nelson. *A Coroa de Orquídeas e Outros Contos de A Vida Como Ela É*. Companhia das Letras. 1993. Pg. 9 - 15

<sup>109</sup> RODRIGUES, Nelson. 1993, pg 65 - 71

indecoroso. O amor incondicional de um filho pela mãe é retratado no conto “Inferno”<sup>110</sup>, onde uma mulher é abandonada por seu marido, sofrendo profundamente. Seu filho, inconformado, implora ao marido em fuga que retorne à sua mãe, usando como forma de convencimento o fato de que aquele seria seu último pedido em vida, jogando-se sob um ônibus logo depois. Em “A Divina Comédia”<sup>111</sup>, o autor comenta os males de um casamento onde o casal vive a anos no tédio e infelicidade, porém não há remédio possível. Nas palavras da protagonista, Marlene, quando indagada pelo marido sobre um possível desquite:

Você pensa que eu vou dar o gostinho a essa cavalheira? Se eu me separar, ela vai mandar repicar os sinos, vai espalhar que eu fracassei como mulher. Não, nunca! Você não casou comigo? Meu filho, aqui no Brasil não há divórcio, compreendeu? Agora agüenta!<sup>112</sup>

Nelson Rodrigues tinha na literatura uma arma poderosa para confrontar a sociedade com seus próprios preconceitos e paradoxos, através de uma crítica questionadora, por vezes brutal. Ele não poupava esforços para chocar, desconstruir conceitos, exhibir o cerne das questões, normalmente envolvidas sob uma névoa espessa de convenções sociais. Uma das suas obras mais famosas e controversas, Vestido de Noiva, se utiliza destes mecanismos através de uma trágica história de casamento, morte, ciúme entre irmãs<sup>113</sup>. Em seus textos ele é capaz de expor (e questionar) a violência doméstica, o papel da mulher, a natureza do amor e de diversos outros sentimentos, a realidade do casamento, o sentimento de família. Seus textos marcaram época exatamente por seu caráter angustiado, inconformado, de provocação dos dogmas sociais. Os conflitos que impulsionavam inquietude social estão expostos em seus textos de forma crua, cabalmente humana, buscando as próprias raízes dos sentimentos, o medo do abandono, da solidão, da morte, o encantamento juvenil dos amantes, o amor de uma mãe por um filho. Sentimentos que, em última instância, são capazes de construir ou implodir uma família.

### 3.4 O Conceito de Família Hoje

---

<sup>110</sup> RODRIGUES, Nelson. 1993, pg. 75 – 81

<sup>111</sup> RODRIGUES, Nelson. 1993, pg. 49 - 54

<sup>112</sup> RODRIGUES, Nelson. 1993. Pg. 52

<sup>113</sup>RODRIGUES, Nelson. Vestido de noiva. Direção: Ziembinski, 1943. Disponível em <<http://semac.piracicaba.sp.gov.br/ceta/vestidodenoiva.pdf>> Último acesso em 03.12.2015

Impulsionada por essas revoluções feministas que sacudiram o Brasil e o mundo, surge em 1977 a lei do divórcio, amplamente celebrada e discutida em sua gênese. É impossível dissociar as intenções por trás da lei dos amplos debates descortinados pela emancipação feminina e pelos câmbios de significado atribuídos à instituição do casamento. Muito embora o estado tenha sido declarado laico em 1890, a Igreja ainda possuía um imenso poder na política e nas relações sociais da época e considerava uma heresia uma lei que tornasse lícita uma conduta condenável aos olhos de deus, qual seja, a dissolução de um vínculo humano tornado divino pela ótica religiosa. A igreja considerava o casamento um sacramento indissolúvel, tornando-se bastante insatisfeita com a lei 6.515, de dezembro de 1977, que regulamentava o divórcio.

Ainda assim, o divórcio não era matéria simples. As pessoas só podiam divorciar-se uma vez, depois de pelo menos dois anos de casados, através de um procedimento bastante complicado. No entanto, significou um rompimento profundo com uma poderosa tradição religiosa de indissolubilidade do vínculo conjugal e eternidade do casamento, perpetuando-se numa profunda conquista social. O casamento, por fim, através dos anseios sociais traduzidos em esforços legislativos, aproxima-se mais da realidade pura das relações humanas, nem sempre revestidas de um utópico ideal de perenidade, por vezes animadas por uma agradável efemeridade, sem que isso as macule com eventual demérito.

As diversas mudanças descritas, que atravessaram o século XX, demonstram que o paradigma da família se encaminha num sentido claro de despatrimonialização das relações. O patrimônio por muito tempo se revelou como um traço marcante e distintivo da proteção e regulamentação familiar. Pontes de Miranda já ressaltava o caráter binário do direito de família, que deveria reger tanto as relações entre as pessoas quanto os institutos relativos aos bens<sup>114</sup>. Lafayette Rodrigues Pereira afirma em 1869 que “*o direito de família não se preocupa somente com a influência das relações sobre as pessoas mas também sobre seus bens.*”<sup>115</sup> No entanto, como descrito anteriormente, o intenso processo de mudança social acabou por distanciar o direito de família de cânones rígidos, como casamento, procriação, prole legítima (noções que inclusive eram muito úteis para a conservação e herança do patrimônio dentro da família nuclear), aproximando-o muito mais de noções mais fluidas de laços de afeto.

---

<sup>114</sup> MIRANDA, Pontes, 1917, introdução

<sup>115</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1869. Pg. 2

O direito civil começa uma virada paradigmática, no sentido de voltar sua preocupação muito mais para os indivíduos do que para os bens atrelados a eles. A modernidade está muito mais preocupada com a volatilidade das relações, com as novas conformações de indivíduos e suas diversas formas de associação do que com cânones arcaicos relacionados intimamente a valores já superados. Caminhava-se num sentido de valorização da afetividade entre as pessoas, tornando possíveis mais diversas conformações familiares que não aquelas taxativamente colocadas pelo código civil. Conforme defendem Francisco Schertel, João Trindade Filho e Rafael Carneiro:

A estipulação da relação sócioafetiva como o aspecto diferencial do agrupamento familiar, além de possibilitar uma nova compreensão da dimensão ontológica da família, acarreta no reconhecimento de uma caracterização jurídica aberta do que faticamente pode se constituir em entidade familiar<sup>116</sup>.

O conceito de família atrelado ao casamento e a uma coletividade de bens está completamente ultrapassado. O surgimento da Constituição Federal de 1988 estraçalhou diversos paradigmas relacionados à inteligência contemporânea do direito de família. O direito civil como um todo sofreu uma reviravolta de foco, do *ter* para o *ser*, do *patrimônio* para as *relações afetivas*. A Constituição Federal absorveu em si diversas reivindicações e anseios populares, constitucionalizando aquilo que já era, socialmente, uma realidade corrente. Segundo Gustavo Tepedino:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos<sup>117</sup>.

O protagonismo do casamento e da proteção da prole legítima cede lugar a um conceito mais fluido e inclusivo, baseado nas relações de afeto que estruturam a família. Sob sua tutela, aboliu-se qualquer distinção entre filhos legítimos, ilegítimos, adotados e bastardos, priorizando a

---

<sup>116</sup> SCHERTEL, Francisco; FILHO, Joao Trindade Cavalcante; CARNEIRO, Rafael Araripe. *Parecer: O conceito contemporâneo de entidade familiar e a competência para legislar sobre o direito de família: análise da constitucionalidade do art. 2o do Projeto de Lei no 173/2015 (DF)*. Conjur, 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-unigay.pdf>> Último acesso em 13.11.2015

<sup>117</sup> TEPEDINO, Gustavo; *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional*. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Pg. 547-583.

valorização da dignidade antes das condições fáticas em que é nascida a criança (não reconhecendo-se mais uma supremacia da “família legítima”, em que o patrimônio do patriarca seria passado apenas para sua legítima prole). Afasta-se ainda, pelo menos teoricamente, qualquer desigualdade entre o homem e a mulher na relação familiar.

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, que regula o artigo 226 da Carta Magna, trouxe para o ordenamento a figura da união estável, reconhecendo como família as pessoas unidas por um vínculo afetivo não definido como casamento. É uma experiência pioneira na história brasileira que relacionamentos sejam reconhecidos *per se*, sem a necessidade dos ritos formais do casamento. O mesmo artigo 226 da nossa carta oferece a proteção constitucional do instituto da família aos vínculos monoparentais, abolindo também a arcaica ideia do homem como provedor e chefe imprescindível, marcando a passagem de uma visão patriarcal para uma conformação mais fundada na família como um coletivo através da dignidade de seus membros. Abre-se o caminho para o reconhecimento das mais diversas conformações familiares que podem surgir na realidade brasileira, derrubando barreiras de ordens sociais, raciais, patrimoniais, sexuais, afetivas.

Os mais recentes posicionamentos doutrinários corroboram essa visão pluralista reconhecida à instituição familiar. Carlos Roberto Gonçalves elenca os princípios que norteiam a nova ordem constitucional do direito de família, entre eles o “*princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes e princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar*”<sup>118</sup>, todos eles realizados pelo Livro IV do novo Código Civil (lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que trata do direito de família. O professor Flávio Tartuce, citando os princípios anteriormente apresentados, aponta para uma crescente constitucionalização do direito civil, colocando a família como uma esfera de legítima proteção estatal<sup>119</sup>. Tais princípios também se refletem na orientação legislativa adotada por novas leis relacionadas ao universo familiar e doméstico, como é o caso do artigo 5, II, da Lei Maria da Penha, que compreende a família como “*a comunidade formada por indivíduos*

---

<sup>118</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6: Direito de Família. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014. Pg. 17 - 20

<sup>119</sup> TARTUCE, Flávio; Novos princípios do direito de família brasileiro. *Ciência Jurídica* (Belo Horizonte), v. 139, p. 425-440, 2008.

que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. No entanto, importante ressaltar que muitos críticos consideram o código civil de 2002 como um retrocesso, que barrou diversas inovações que seriam naturalmente trazidas por um novo paradigma.

Dizia Bergson que o progresso moral se verifica quando um povo, depois de viver sob determinada orientação, não quer mais voltar à anterior. O Projeto retrocede aos tempos anteriores à Constituição; será que as mudanças no Direito de Família feitas em 1988 não foram bem-aceitas pelo povo brasileiro ou será que são os senadores que estão alienados da nossa realidade?<sup>120</sup>

Nessa nova definição de família, estão em processo de superação antigos cânones consagrados, como a exagerada valorização do homem sobre a mulher, o patrimonialismo como norteador das relações, os antigos e indissolúveis laços do casamento. Não, significa, no entanto que não existam diversos novos desafios na construção de um conceito que englobe legitimamente todas as expectativas sociais quanto à família e sua proteção.

### 3.5 Família e Homossexualidade na Nova Ordem Constitucional

Como exposto anteriormente, muitos dogmas passados foram dissolvidos ou estão em franco processo de dissolução. No entanto, a definição dos conceitos sociais se encontra em processo constante de ressignificação e valorização. Como exemplo para essas mudanças e suas influências no conceito de família, podemos citar os movimentos de valorização e igualdade através dos diversos espectros da sexualidade. O Movimento LGBT como o conhecemos hoje teve início em 1970, data da primeira “parada gay”, ocorrida simultaneamente nas ruas de São Francisco, Los Angeles e Nova York, em reação à violência policial ocorrida contra um famoso bar voltado para o público homossexual da década de 60, o *Stonewall*. Muito embora reivindicações em favor dos direitos homossexuais já fossem muito anteriores a essa data, foi a partir da década de 60 que essas demandas se revestiram de maior organização, e, portanto, de maior visibilidade diante da sociedade civil. O movimento passa a incorporar capital político nas décadas seguintes, tendo em 1997, nos Estados Unidos, o primeiro político abertamente gay,

---

<sup>120</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. Retrocesso no Direito de Família. São Paulo, USP, 1998. Página 4. Disponível em [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67401/70011](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67401/70011) última visualização em 14.12.2015.

Harvey Milk. Ele no entanto foi assassinado um ano depois, em decorrência de sua opção sexual. No Brasil, o primeiro grupo de defesa dos direitos LGBT, o *Somos*, surge em 1978, na Bahia. Em 2001, uma liminar do Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>121</sup> (confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>122</sup> em 2005), reconheceu o direito de pagamento de pensão por morte a companheiro homossexual, sob o argumento de que “o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988 (...) aboliu definitivamente qualquer forma de discriminação.”

No Brasil, existe um grande marco da abertura do conceito de família e da inclusão do casamento entre pessoas do mesmo sexo como conformação juridicamente reconhecida. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132 do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Ayres Britto, coloca-se como decisão paradigma a ser considerada na construção constitucional de um conceito de família. Nela, o ministro se guia primordialmente pelas relações de afeto entre os seres humanos, norteadas para um fim de realização e dignidade entre os indivíduos, repudiando qualquer forma de discriminação ou inferiorização de determinados vínculos em detrimento de outros. Família, para o STF, nas palavras do relator Ayres Britto, se configura como:

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos<sup>123</sup>.

O STF privilegia a inteligência da Constituição como uma carta que deixa em aberto conceitos como o de família, pautados por critérios subjetivos como o afeto e a dignidade, perdendo o valor marcadores objetivos, como o casamento e o patrimônio. Mais do que um

---

<sup>121</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sexta Turma. Apelação cível. Processo: 2000.04.01.073643-8. Relator Desembargador Nylson Paim De Abreu. Publicado em 10.01.2001

<sup>122</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial 395904/RS. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Publicado em 13.12.2005

<sup>123</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Plenário. Relator Ministro Ayres Britto. Publicação em 14.10.2011 pg. 38 - 39

conceito jurídico, a família é uma realização humana, é a exteriorização da capacidade de se relacionar afetivamente com outras pessoas. Seria, por isso, inconstitucional negar a casais unidos por esse sentimento comum de construção da afetividade que fossem reconhecidos juridicamente como núcleos familiares.

Fácil perceber, no entanto, que a presente decisão não surgiu sem maiores explicações na caneta do Ministro Ayres Britto. Antes disso: essa decisão levou anos para ser montada, armazenada nas ânsias sociais, nas práticas domésticas, nas novas conformações afetivas, nas explosões sociais, nos arroubos literários, nas inquietudes jornalísticas. Necessitou de mobilizações sociais, protagonismo midiático, pressão acadêmica, mudanças estruturais, viradas constitucionais que remontam ao começo do século XX, algumas das quais descritas nesse capítulo. Como colocou Balkin, as mudanças de inteligência constitucional pelas quais passa uma sociedade não emanam da corte. Ela tão somente absorve e solidifica tais mudanças, traduzindo-as em uma arquitetura constitucional.

Não por acaso, percebe-se uma universalização do entendimento adotado pelo STF. A Suprema corte americana, em importante decisão de 2015, afirmou que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ofendia a constituição, antes a complementava. *“The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. This is true for all persons, whatever their sexual orientation.”*<sup>124</sup> Assim como em nosso país, processos endógenos complexos dentro do sistema americano mudaram gradativamente a mentalidade do povo americano, culminando no teor da decisão descrita. Muito antes de uma decisão “heroica e inédita” da suprema corte, a vitória da abertura do conceito de família, foi, em ambos os países, uma conquista da própria soberania popular.

### 3.6 O Estatuto Da Família e o Mal Constitucional

Diante dessa narrativa, e de todo o processo histórico descrito, como explicar o surgimento de iniciativas como a do Estatuto da Família que, por mais desconectadas das transformações e evoluções da sociedade brasileira, ganham apoio de parcela importante da população, chegando

---

<sup>124</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Obergefell v. Hodges*. 576 U.S. 2015. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)> Último acesso em 22.11.2015

até mesmo a serem aprovados em algumas instâncias do parlamento? De fato, a interpretação constitucional é mais complexa do que uma narrativa meramente linear, onde as ideias substituem umas às outras de forma completamente sequencial e coerente. Balkin explica, em sua teoria, que o “mal constitucional”<sup>125</sup> é inerente à democracia. Decisões ruins virão, sejam elas provenientes das esferas decisórias do poder legislativo, executivo ou judiciário. Decisões poderão ser revestidas de legitimidade democrática, sem que, no entanto, produzam significativas melhoras no entendimento constitucional de certos institutos, podendo inclusive gerar danos. Balkin nos explica que é perfeitamente possível discordar de proposições normativas, mesmo que se imponham com expressivo amparo jurídico e institucional. E a forma de alterar tais entendimentos é também inerentemente democrática, na medida em que a fé no sistema se sobrepõe a eventuais malefícios de decisões errôneas. É essa mesma fé no sistema de mudança constitucional que acabará corrigindo erros do percurso, colocando o sistema de volta no caminho original.

Apesar de o autor não especificar nenhuma maneira objetiva ou técnica argumentativa de identificar o “mal constitucional”, acredito que ele se refere a qualquer decisão que oprima minorias, relativize direitos já conquistados, ou não reflita o que o povo entenda como direito constitucional. Exemplos disso podem ser doutrinas como a *separated but equal*, uma política que se tornou corrente nos Estados Unidos a partir da década de noventa do século XIX e foi inclusive referendada por decisão judicial<sup>126</sup>. A prática só foi revista e extinta nos Estados Unidos em 1954, pelo que foi considerado o maior superprecedente americano, *Brown vs. Board of Education*<sup>127</sup>. No entanto, pode-se dizer que Brown não surgiu anonimamente nos pensamentos do Judge Warren, antes foi uma conquista de uma parcela oprimida da população, que lutou por seus direitos através de manifestações, de crescimento de líderes carismáticos e ativistas políticos, como Martin Luther King, de politização da vida civil, de provocação da mídia, o que conferiu visibilidade e abriu caminho para o reconhecimento de diversos direitos civis da população negra. É um exemplo de como o sistema se autocorrigiu, respondendo a apelos da própria soberania popular, e se

---

<sup>125</sup> BALKIN, Jack. 2011. Página 336 - 339

<sup>126</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Plessy v. Ferguson. 163 U.S. 537. 1895. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=52&page=transcript>> Último acesso em 22.11.2015. O caso se resume a um rapaz branco em aparência, mas que possuía 7/8 de herança afro americana, expulso de um vagão de trem exclusivo para pessoas brancas. A decisão acabou por referendar a constitucionalidade do ato do estado da *Lousiana* que obrigava a separação entre pessoas brancas e pessoas “de cor” (*colored people*). A decisão inclusive comenta a constitucionalidade de leis que proibem o casamento inter-racial.

<sup>127</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Brown v. Board of Education of Topeka. 347 U.S. 483. 1954. Disponível em <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=87&page=transcript>>

adequando a novas hermenêuticas constitucionais de igualdade e dignidade. Não se pode resumir esse processo a uma única decisão da suprema corte, como ocorreu no Brasil, de forma semelhante, no reconhecimento da legalidade de uniões ocorridas entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, é possível considerar que o Estatuto da Família (Projeto de Lei 6.583 de 2013), aprovado por uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados em Setembro de 2015, vem na contramão de diversas mudanças protagonizadas em todo o século XX. A metamorfose dos conceitos de igualdade e de dignidade, que passaram a englobar em si a simetria de tratamento independente de sexo, cor, religião ou condições específicas de nascimento foi uma conquista recente. O artigo segundo desse estatuto, que define família como “*o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”, faz um excelente trabalho em limitar profundamente aquilo que já se entende como família. O critério de núcleo fundado pela realização do afeto e da dignidade dos seus membros, tão explicitamente colocado na decisão do Supremo Tribunal Federal, foi nesse estatuto substituído por um critério medíocre, de mera união entre pares do sexo oposto.

O Estatuto, embora ainda não exista como lei, reveste-se de legitimidade democrática na medida em que foi o trabalho intelectual de deputados que contam com apoio popular, externado pelos votos daqueles que se identificam com suas visões políticas. A marginalização da população homossexual e sua exclusão como conceito de família é um projeto que invariavelmente conta com numerosos adeptos, a julgar pela enquete mais votada da história da Câmara dos Deputados<sup>128</sup>: 51,62% dos 10.282.070 votos são a favor do conceito de família colocado pelo estatuto.

O Deputado Federal Anderson Ferreira oferece várias justificativas para o projeto de lei do Estatuto da Família, da qual é autor. Entre elas, o processo de desconstrução e corrosão pela qual passa o conceito de família, fruto das várias mudanças que ocorreram nos últimos anos<sup>129</sup>. Sob

---

<sup>128</sup> Enquete sugerida pelo site oficial da Câmara dos Deputados devido à polêmica causada pelo artigo 2º do Projeto de Lei 6.583 de 2013, assim colocada: “*you agree with the definition of family as a nucleus formed from the union between man and woman, provided in the project that creates the Family Statute?*” 51,62% dos votos se posicionaram a favor do conceito de família proposto, enquanto 48,09% se colocaram contra. A enquete, já encerrada, se encontra disponível em: <http://www2.camara.leg.br/enquetes/resultadoEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E;jsessionid=CE6F4B212F41DC214F380A1CE67CFF94.node2> Último acesso em 02.11.2015

<sup>129</sup> Uma explicação mais completa sobre o projeto de Lei 6.583 de 2013 e suas justificativas pode ser encontrada nas notas de rodapé 1, 2 e 3.

essa ótica, o Estatuto da Família seria uma tentativa de frear, através do processo legislativo, mudanças que já ocorrem de maneira naturalizada na sociedade brasileira, contrariamente a uma tendência já colocada por Balkin, de que as decisões nas esferas de poder seguem no sentido de incorporar e naturalizar mudanças que já seriam realidades fáticas. Inegável perceber que a família brasileira sofreu, e continua sofrendo, diversas mudanças relativas à sua própria identidade.

Segundo estatísticas do IBGE<sup>130</sup>, o percentual de casais sem filhos foi de 12,88% em 1992<sup>131</sup> para 17,4% em 2009<sup>132</sup> (demonstrando, talvez, uma menor expectativa do casamento ou da união estável como mera instituição de procriação). Ao mesmo tempo, cresceu de 16,99% em 1981<sup>133</sup> para 35,17% em 2009<sup>134</sup> o número de núcleos familiares que indicavam uma mulher “*como pessoa responsável pela família ou que assim fosse considerada pelos demais membros da família*”<sup>135</sup>. A emenda constitucional 66/2010 facilitou o processo do divórcio, prescindindo da obrigatoriedade de prévia separação judicial. O processo de separação judicial se construía no intuito de encontrar um *culpado*, um *motivo* para a separação, necessitando do prazo mínimo de um ano entre o processo de separação e o divórcio, influenciando ainda na guarda dos filhos. Já a partir de 2010, podendo a dissolução dos vínculos matrimoniais ocorrer pelo mero divórcio, as pessoas se encontram em um maior estado de liberdade para se desvincularem de relacionamentos infelizes. A lei da guarda compartilhada (lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014) coloca, ainda, que a criança não é de responsabilidade do pai ou da mãe, mas de ambos, afastando o conceito de paternidade ou maternidade do ideal do casamento ou união estável. Segundo o IBGE, subiu de

---

<sup>130</sup> Todas as estatísticas foram colhidas a partir do sítio eletrônico oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e estatística (IBGE), <<http://www.ibge.gov.br/home/>>

<sup>131</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Registro Civil. 2013. Volume 40. Página 58. Disponível em <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2013\\_v40.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf)> Último acesso em 02.11.2015

Gráfico completo Disponível em <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2013\\_v40.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf)> Último acesso em 02.11.2015

<sup>132</sup> Disponível em <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED304&t=tipos-familia>> Último acesso em 02.11.2015

<sup>133</sup> Disponível em <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED309&t=pessoas-referencia-familia-sexo>> Último acesso em 02.11.2015

<sup>134</sup> Disponível em <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED307&t=pessoas-referencia-familia-sexo>> Último acesso em 02.11.2015

<sup>135</sup> Disponível em <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=6&op=0&vcodigo=FED307&t=pessoas-referencia-familia-sexo>> Último acesso em 02.11.2015

1,13% em 1984<sup>136</sup> para 9,18% em 2011<sup>137</sup> o percentual de mulheres divorciadas que voltaram a se casar, demonstrando uma maior liberdade na criação de novos núcleos familiares, mesmo após tentativas anteriores.

Tais estimativas são apenas números, mas possuem a capacidade de demonstrar uma real tendência de *ampliação* do conceito de família, e não de *limitação*, como almeja a Câmara Legislativa. Ainda, segundo o relatório do IBGE de Estatísticas do Registro Civil em 2013, 0,35% dos casamentos civis celebrados em 2013<sup>138</sup> corresponderam a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em números brutos, as 3.701 uniões civis ocorridas em 2013 entre pessoas do mesmo sexo estariam maculadas de nulidade, caso seja transformado em lei o presente estatuto da família.

Não se debate aqui a possibilidade de encontrar um conceito certo e acabado que defina a família. Trata-se muito mais de aproximar a constituição e todo o arcabouço normativo teórico que nela se ampara daquilo que o povo, em sua soberania, já define e defende como família. Os conceitos de família são plurais, levando em consideração que cada família individual já encerra em si um conceito perfeito e acabado, sejam elas famílias tradicionais, monoparentais, homoafetivas, sem filhos, com filhos adotivos, ou até mesmo aquelas que consideram o cachorro um verdadeiro membro da família, assim como a família de Fabiano considerava a cadela Baleia, em *Vidas Secas*<sup>139</sup>. A questão aqui colocada é o real respeito a essa pluralidade e a necessidade de não se produzir uma legislação taxativa que limite o já expressivo e crescente caleidoscópio de conformações familiares, todas elas igualmente merecedoras da proteção constitucional concedida pelo estado. Em última instância, a necessidade de proteger, de maneira ferrenha, a profundidade

---

<sup>136</sup> Disponível em <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RC48&t=casamento-estado-civil-mulheres>> Último acesso em 02.11.2015

<sup>137</sup> <sup>137</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Registro Civil. 2013. Volume 40. Página 51. Disponível em <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2013\\_v40.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf)> Último acesso em 02.11.2015. Gráfico completo Disponível em <<http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RC61&t=casamento-estado-civil-mulheres>> Último acesso em 02.11.2015

<sup>138</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Registro Civil. 2013. Volume 40. Página 41. Disponível em <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2013\\_v40.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf)> Último acesso em 02.11.2015

<sup>139</sup> RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Record, 2006. Publicação original em 1938. O livro relata a trajetória de uma família castigada pela seca, vivendo intensamente encravados nas agruras de uma terra impiedosa. Propositamente, o autor desumaniza os personagens, demonstrando o que a miséria e o sofrimento podem fazer com o espírito humano. Paradoxalmente, a mais humana das personagens é a cadela Baleia, uma personagem construída a partir de fortes laços afetivos, sonhos e até mesmo atitudes e emoções frequentemente associadas aos humanos. Nesse cenário, ela pode ser considerada um verdadeiro membro da família.

e complexidade dos processos sociais, históricos e culturais que nos permitem possuir nossa mentalidade atual de liberdade sobre a família.

## Conclusão

A intenção desse trabalho foi debruçar-se em uma teoria inovadora, a ideia de que a construção dos sentidos constitucionais não é mero monopólio das cortes. A sociedade como um todo age em sentidos diversos, interpretando a constituição através não somente do cotejo de normas escritas, mas pela própria vivência diária dessas normas. A sociedade se equilibra na evolução entre os dissensos, na mudança gravitacional de grupos de influência, planando e se envolvendo em mudanças de mentalidade, num ciclo complexo que envolve a interação de

diversos agentes com papéis diversos na comunidade. Balkin nos mostra que foi um grande erro creditar a sentenças judiciais o protagonismo em decisões que alteraram paradigmas. Por debaixo da superfície gramatical de belos votos e vereditos, fervilha um caldo incandescente de anseios sociais, a própria cultura que se move incansável na busca da melhor interpretação, aquela que espelha com mais fidelidade o que habita o próprio imaginário social.

Esse processo não é mágico, tampouco instantâneo. É uma constante marcha de progresso, que raramente segue lógicas lineares, e que demanda com frequência certo distanciamento temporal para integral entendimento de suas razões e nuances. Para ilustrar isso, foi utilizada como paradigma a decisão do ministro Ayres Britto, proferida em sede da ADPF 132/2011. Muito embora tenha sido uma decisão muito festejada, comentada como um verdadeiro “golpe de genialidade” de um ministro individual e de um tribunal em particular, o que tentamos provar com esse trabalho foi que essa decisão de 2011 tem na verdade mais de cem anos de idade. Mediante um estudo detalhado das forças sociais em constante conflito, procuramos demonstrar o que se passava nos bastidores de uma peça teatral que tem tradicionalmente a corte como protagonista.

Devemos analisar as ações de gerações passadas, agradecendo aos nossos avós e bisavós os eventos que hoje temos o privilégio de testemunhar. Se hoje temos pacificado que as famílias são agrupamentos afetivos por excelência, devemos isso não ao STF, mas aos jornais de época, que constantemente criticavam e reforçavam pontos de vista distintos dos tradicionais. Devemos isso também a doutrinadores ousados, que não se deram por satisfeitos pelos conceitos judiciais e legislativos tidos como corretos. Devemos isso a manifestações artísticas na sociedade, aos movimentos vanguardistas e a opiniões controversas de pessoas comprometidas com visões de mundo menos elitistas. Também a pessoas que se dispõem a pensar a sociedade de maneira crítica, rejeitando padrões aceitos, como foi o caso do fomento de movimentos feministas e de revoluções pelos direitos homossexuais. A construção dos sentidos passa pelas minorias legislativas que desafiam as majorias, pelas vivências fáticas e diárias, pela perseguição da concretude de direitos abstratos por pessoas a quem eles são negados. Dessa forma foram construídos, e se encontram ainda em constante construção, os direitos civis dos negros, a igualdade de gêneros, os direitos homossexuais, os conceitos contemporâneos de família.

O que Balkin chama de fé no processo não é apenas um elemento abstrato de completude teórica. É a própria consciência de que cada ação, individual ou coletiva, produz mudança concreta.

De maneira simétrica ao que ocorreu com o conceito de família, que passou por modificações concretas no seio da sociedade muito antes de ser formalmente transformado em constituição, podemos imaginar que nossas ações produzirão modificações concretas no futuro. Nossas opiniões, nosso reconhecimento e crítica de privilégios ilegítimos de elites estabelecidas, nossos esforços acadêmicos de análise crítica de diversos assuntos, nosso desempenho em espalhar diferentes visões e opiniões em nossos espaços de influência, tudo isso pode ajudar a influir na construção dos sentidos constitucionais no futuro. Não estamos mais à parte, como sociedade dinâmica, do processo de construção constitucional. Somos na verdade os pioneiros na criação de novas visões, que podem florescer ou empalidecer, considerando nossas mudanças de significados. A forma cada vez mais rápida com que nos comunicamos diariamente, as redes sociais que ajudam a espalhar visões anônimas de mundo, a inclusão digital, são fatores que catalisam e ampliam os espaços de discussão, inclusive combatendo a inércia e conscientizando diversas classes e grupos de influência. No entanto, a essência do processo se mantém inabalada, na medida em que nos reconhecemos não mais como meros observadores e objetos do processo, mas como seus reais participantes.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Oswald de. Obras Completas – Teatro. *O Rei da Vela*. Civilização Brasileira, 1973.

BALKIN, Jack. *Living Originalism*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. 2011

\_\_\_\_\_. *What Brown Teaches Us About Constitutional Theory*; Virginia Law Review, Volume 90, número 6, Outubro de 2004. Disponível em <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/whatbrownnteachesus1.pdf>>

\_\_\_\_\_. *The New Originalism And The Uses Of History*. The Fordham Law Review. Volume 82. Página 654 Yale Law School, Public Law Working Paper No. 303. Agosto de 2013. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2303980](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303980)

\_\_\_\_\_. *Constitutional Redemption*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. 2011

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006

BENVINDO, Juliano Zaiden. “A Última Palavra”, *O Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro*: Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014., 01/2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502953/>>.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da Família*. Livraria Contemporânea, Recife, 1908

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Editora Forense, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *A Mulher no Código Civil*. Disponível em [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18\\_-\\_a\\_mulher\\_no\\_c%F3digo\\_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*. 347 U.S. 483. 1954. Disponível em <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=87&page=transcript>>

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003. Disponível em: <<http://epic.org/privacy/gender/lawrencectx.pdf>>

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. 1973. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>

FAVÉRI, Marlene de. *Desquite e Divórcio: a Polêmica e as Repercussões na Imprensa*. Caderno Espaço Feminino, v. 17, n. 01, Jan./Jul. 2007 pg. 341. Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/viewFile/445/414>>

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/>>.

GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular*. Revista de Libros. N. 112, 01.04.2006. Disponível em <[http://www.revistadelibros.com/articulo\\_imprimible\\_pdf.php?art=2799&t=articulos](http://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible_pdf.php?art=2799&t=articulos)>

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Volume 6: Direito de Família*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh; MADISON, James. *The Federalist*. Liberty Fund, Indianapolis. 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas do Registro Civil*. 2013. Volume 40. Página 41. Disponível em <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2013\\_v40.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf)>

JUNG, Carl. *Espiritualidade e Transcendência*. Seleção e edição de Brigitte Dorst. Editora Vozes. 2015

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos*. Editora Puc Rio. Rio de Janeiro, 2011

KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York, NY: Oxford University Press, 2004

\_\_\_\_\_ *We the People: Who has the last word on the Constitution?*  
Boston Review. February/March 2014. Disponível em:  
<<http://bostonreview.net/archives/BR29.1/kramer.html>>

LACAN, Jacques. *Complexos Familiares*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2002.

LLOSA, Mario Vargas. *A Civilização do Espetáculo – Uma Radiografia do Nosso Tempo e da Nossa Cultura*. Objetiva, 2012.

LOPES, Oscar. *Jornal O Paiz*. Anno XXVIII – No 10.171. Rio de Janeiro, 11 de Agosto de 1912. Disponível em:  
<[http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691\\_04&PagFis=13140](http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=178691_04&PagFis=13140)>

MIRANDA, Pontes de. *Direito de Família*. Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1917  
NEVES, Marcelo. *Abuso de Princípios no Superior Tribunal Federal*. Consultor Jurídico, Outubro de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>

RODRIGUES, Nelson. *A Coroa de Orquídeas e Outros Contos de A Vida Como Ela É*. Companhia das Letras. 1993

\_\_\_\_\_ *Vestido de noiva*. Direção: Ziembinski, 1943. Disponível em <<http://semac.piracicaba.sp.gov.br/ceta/vestidodenoiva.pdf>>

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição*. *Crítica Constitucional*, Brasília, 27 abr. 2013. Disponível em:

<<http://www.criticaconstitucional.com/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da--constituicao/>>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. B. L. Garnier, Rio de Janeiro, 1869

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Del Rey, Belorizonte, 2002.

PLATO. *The Republic of Plato*. Translation by Allan Bloom. Second Edition. Basic Books. New York. 1991

PRIMROSE, Sarah. *The Attack On Planned Parenthood: A Historical Analysis*. UCLA Women's Law Journal. 165, 2012

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Consitucional*. Doxa, n. 21, vol. II, p. 339-353, 1998

RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. Record, 2006. Publicação original em 1938

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32.033/Distrito Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. Relator para o Acórdão Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Publicado em 18.02.2014.

\_\_\_\_\_ Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Processo 0902074-14.1997.8.08.0000. Relator Desembargador José Eduardo Grandi Ribeiro. Unânime. Terceira Câmara Cível. Julgamento em 30.06.1998

\_\_\_\_\_ Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Plenário. Relator Ministro Ayres Britto. Publicação em 14.10.2011

SAMARA, Eni de Mesquita. *Casamento e papéis familiares em São Paulo no século XIX*. Cad. Pesqui., Maio 1981, no.37, p.17-25. Página 18. Disponível em: <<http://educa.fcc.org.br/pdf/cp/n37/n37a02.pdf>>

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

SCHERTEL, Francisco; FILHO, Joao Trindade Cavalcante; CARNEIRO, Rafael Araripe. Parecer: *O conceito contemporâneo de entidade familiar e a competência para legislar sobre o direito de família: análise da constitucionalidade do art. 2o do Projeto de Lei no 173/2015 (DF)*. Conjur, 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-unigay.pdf>>

STRECK, Lênio. *Contra o Neoconstitucionalismo: Constituição, Economia e Desenvolvimento*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista5/contraLenio.pdf/>>

TARTUCE, Flávio; *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Ciência Jurídica (Belo Horizonte), v. 139, p. 425-440, 2008.

TEPEDINO, Gustavo ; *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional*. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.

VASCONCELLOS, Karina de Mendonça. *A Representação Social Da Família: Desvendando Conteúdos E Explorando Processos*. Tese de Mestrado. UnB, Brasília, 2013. Disponível em <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13272/1/2013\\_KarinaMendoncaVasconcelos.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13272/1/2013_KarinaMendoncaVasconcelos.pdf)>

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal. v. 115, pp.1346-1406; 2006.