



BRUTALIDADE DA MAIORIA E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL:

Reflexões sobre o Estatuto da Família e a PEC da Maioridade Penal

BRUTALITY OF THE MAJORITY AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY:

Reflections on the “Family Statute” and the constitutional amendment proposal (PEC) to reduce the legal age for criminal responsibility

Ana Paula Oliveira Ávila

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2007). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2001). Professora Titular de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito do UniRitter – Porto Alegre

Resumo

Este trabalho propõe reflexões sobre as deliberações parlamentares em dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional Brasileiro: o Estatuto da Família e a PEC da Maioridade Penal. Propõe-se um exame à luz de conceitos desenvolvidos na teoria política, de tirania e brutalidade da maioria. Em uma análise fundada em pesquisa qualitativa e exploratória e na técnica do estudo de casos, parte-se da definição de brutalidade para o exame das técnicas de contenção, presentes no desenho institucional adotado pelos estados e no discurso dos direitos humanos e fundamentais. Com base neles, fixam-se os parâmetros para a avaliação dos projetos legislativos em curso. Em seguida, aprofunda-se o exame de uma das técnicas em particular – o controle judicial da atividade legislativa –, expondo-se os aspectos mais críticos em relação a esta atividade e sua contribuição para o exercício legítimo e equilibrado da democracia. Nas conclusões, serão pontuadas as inadequações substanciais do Estatuto da Família e da PEC da Maioridade Penal e, com base na jurisprudência consolidada do STF, revela-se o que se pode esperar do Tribunal caso seja provocado para examinar as leis decorrentes da aprovação final desses projetos.

Palavras-chave: Brutalidade. Democracia. Decisões Majoritárias. Revisão Judicial. Direitos Humanos.

Abstract

This article proposes some reflections about two bills under discussion in the Brazilian Parliament: the “Family Statute” and the constitutional amendment proposal (PEC) to reduce the legal age for criminal responsibility. The article operates with two concepts developed in political theory: the tyranny and the brutality of the majority. Based on qualitative/exploratory research and legal case-study, it analyzes the concept of brutality and the restraint techniques available in the institutional design and in the human/fundamental rights theory, which sets the parameters for the proper assessment of those bills pending final approval. One technique in particular requires further exam –the judicial review–, to expose critical aspects regarding the Courts role, limits, and its contribution for a fair and legitimate democracy. In the conclusion, and based on previous decisions of the Brazilian Supreme Court (STF), the article points out the substantial inadequacy of both legislative proposals and forecasts what can be expected from the Court should these bills turn into statutes reviewed in the light of the Brazilian Constitution.

Keywords: Brutality. Democracy. Majority Decisions. Judicial Review. Human Rights.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“The tyranny of the Legislature is really the danger most to be feared, and will continue to be so for many years to come.” (Alexis de Tocqueville, 1835)

Avançam no Congresso Nacional duas propostas legislativas de grande impacto social: o Estatuto da Família e a chamada PEC da Maioridade Penal. O primeiro, PL n. 6.583/2013, foi aprovado pela comissão especial da Câmara dos Deputados (mas ainda pende de recurso para que a matéria seja submetida ao Plenário) e –em seu ponto mais polêmico– no art. 2º reduz a entidade familiar ao “núcleo social formado a partir da união de um homem e uma mulher”. O segundo, propondo a redução da maioridade penal de dezoito para dezesseis anos (PEC 191/1993), já foi aprovado em

dois turnos pela Câmara dos Deputados e agora aguarda a deliberação do Senado. Os dois projetos seguem, em teoria, os trâmites democráticos constitucionalmente previstos na Constituição e estão logrando as respectivas aprovações por votação majoritária dos parlamentares diretamente eleitos pelo povo: no caso do Estatuto da Família, por maioria simples dos votos; no caso da PEC da Maioridade Penal, por maioria qualificada de 3/5. No aspecto formal, a deliberação majoritária implementa a democracia.

O problema de pesquisa que motiva este estudo está em saber se o Legislativo é soberano para impor à sociedade, de modo definitivo e legítimo, decisões formadas por deliberação majoritária, ou se há limites à liberdade de conformação da maioria do Parlamento. Verificando-se, como hipótese, o reconhecimento de limites, cumpre investigar o que os fundamenta e qual a autoridade estatal encarregada de controlá-los. No percurso da investigação, pretende-se expor a tensão que se estabelece entre a maioria consolidada e as minorias vencidas quando o objeto da disputa envolve direitos que devem ser reconhecidos a todos os indivíduos que pertencem à sociedade, ou que estão protegidos em normas constitucionais fundamentais. Cuida-se, de um lado, das condições para a legitimidade no exercício da democracia e, de outro, do órgão constitucionalmente responsável por conter eventual arbitrariedade nas decisões majoritárias. Daí a ideia de “brutalidade da maioria” que, depois de definida, iluminará algumas reflexões sobre um segundo problema, que é responder se o legislador é absolutamente livre para decidir as questões envolvidas nos dois projetos legislativos mencionados, num caso restringindo o conceito de família ao núcleo social formado por um homem e uma mulher (operando a exclusão dos núcleos formados a partir de união homoafetiva), e noutro reduzindo a maioridade penal de dezoito para dezesseis anos.

Na análise desses elementos, empregou-se a pesquisa qualitativa de natureza exploratória, assim como a técnica do estudo de casos e o método hipotético-dedutivo. O marco temporal e espacial do presente estudo é amplo, à medida que o conceito-chave adotado para as reflexões propostas (o conceito de tirania) forma-se a partir das observações registradas por um cientista francês (Alexis de Tocqueville), por volta de 1830, a respeito do desenvolvimento do sistema democrático norte-americano (A Democracia nas Américas). Nesse longo período, a observação das implicações da tirania durante a implementação das práticas democráticas (e da crescente pluralidade

observada na dinâmica social) agregou ao tema, mais recentemente, o aspecto da brutalidade das decisões majoritárias, que também terá suas inflexões nessas decisões que pendem de aprovação final do Congresso brasileiro. A investigação parte, deste modo, do *paradigma emergente* do conhecimento científico, alicerçado na premissa de que “todo conhecimento é local e total (o conhecimento pode ser utilizado fora do seu contexto de origem)” (FONSECA, 2002, p. 12), a fim de estabelecer relações que revelem se o contexto e as práticas dos detentores do poder então observados por Tocqueville reproduzem-se de modo análogo, porém em novas versões, no Brasil de 2017.

Esses projetos legislativos regulam temas que são objeto de acalorado debate numa sociedade marcada pela pluralidade e que, frequentemente, encontra-se dividida quando grandes decisões estão em jogo. Tais questões podem, em tese, ser definidas por 1% dos votos. Não por outra razão, muitas vezes a Constituição exige um quórum qualificado para certas deliberações, assegurando que processos decisórios específicos contem com uma maioria amplamente consolidada, como no caso das emendas constitucionais. Porém, pela regra aplicável à generalidade dos casos, nas decisões majoritárias, 49 podem sucumbir a 51% dos votos.

No Brasil de hoje, sabe-se bem o que significa ganhar ou perder uma disputa por poucos votos: basta lembrar que, na última eleição presidencial, a Presidente da República reelegeu-se com 51,64% dos votos. No STF, há decisões recentes sobre a aplicabilidade da Lei da Ficha limpa que foram decididas por 6x5; o mesmo escore definiu a possibilidade de interposição de embargos infringentes pelos réus condenados na AP 470 - Caso Mensalão e, mais recentemente, por 6x5 foi determinado que a votação da comissão que aprecia o processo de *impeachment* do Presidente da República no Poder Legislativo deve ser aberta, e não secreta¹.

Pelo mundo todo multiplicam-se exemplos de decisões cruciais por maioria apertada, bastando lembrar que, nos Estados Unidos, diversas decisões relevantes foram tomadas na Suprema Corte por 5x4, como aquela proferida no caso *George Bush vs. Al Gore* (ELSTER, 2014, p. 4834), ou no julgamento da *Proposition 8* do

¹ STF, Pleno. Ilustram os exemplos, respectivamente, os seguintes precedentes: ADCs 29 e 30 e ADI 4578 (2012); AP 470 (2013); ADPF 378 (2015).

Estado da Califórnia². Ainda mais recentemente, 52% dos britânicos decidiram plebiscito pela saída da Inglaterra da Comunidade Europeia, no episódio conhecido como *Brexit*. O fato é que, seja por 51, 52, ou 87%³ dos votos, a maioria tem um poder de decisão que define as divergências, impondo sua vontade ao todo – 100% dos cidadãos.

Diante deste poder de definição das controvérsias pela maioria, o objetivo deste trabalho é examinar as decisões majoritárias no aspecto que alguns cientistas políticos denominam de “tirania” ou “brutalidade” da maioria, analisando o problema em três partes. A primeira parte desenvolve o método da revisão bibliográfica para revisar as teses a respeito da tirania e da brutalidade da maioria e explorar o significado de pertencer à minoria num sistema democrático de decisões majoritárias. Na segunda parte, analiso a necessidade de contenção do abuso na imposição de decisões majoritárias às minorias, examinando duas classes de atenuantes ao peso das decisões majoritárias: as decorrentes do *design* institucional, isto é, da conformação político-institucional adotada pelo Estado (atenuantes procedimentais) e as decorrentes do discurso dos direitos humanos e fundamentais (atenuantes substanciais). Sobretudo por conta deste último aspecto, resta configurada uma esfera inacessível mesmo às deliberações majoritárias, levando a reflexões relevantes que devem ser consideradas no processo de deliberação quanto ao Estatuto da Família e à PEC da menoridade penal. Em vista do reconhecimento dessas limitações procedimentais e substanciais, a terceira parte deste estudo sobreleva o papel garantidor das Cortes Constitucionais na construção de uma democracia legítima e na contenção do abuso das maiorias momentâneas. Por último, nas considerações finais, sintetizo as repercussões do tema diante daquelas questões que se encontram em pleno debate no Congresso Nacional, e do risco da captura de decisões em torno de direitos fundamentais pelas maiorias de ocasião que hoje atuam no Brasil.

² *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. (2013). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-144/>>. Acesso em: 18.04.2015.

³ Pesquisa do Datafolha, divulgada em 22 de junho de 2015, apurou que 87% dos brasileiros entrevistados são favoráveis à redução da maioridade penal de 18 para 16 anos. Capturado em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/reducao-da-maioridade-penal-e-aprovada-por-87-diz-datafolha.html>, em 04/01/2016.

2. A DEMOCRACIA DE DECISÃO MAJORITÁRIA E O ASPECTO DA BRUTALIDADE

Democracia é um regime de governo em que os cidadãos participam na proposta e criação das leis, seja diretamente, seja indiretamente por meio de representantes escolhidos pelo voto direto. Na lição de Norberto Bobbio, a democracia implica uma norma de procedimento elementar: as decisões devem ser pautadas de acordo com a vontade da maioria (BOBBIO, 1997, p. 10). Por isso, as decisões majoritárias se definem pelo voto do maior número e restam consolidadas por pelo menos 51% dos votos.

Entre os autores clássicos, talvez a maior obra sobre o tema seja ainda *A Democracia na América*, de Alexis de Tocqueville, realizada nos Estados Unidos na década de 1830, a partir de sua observação do desenvolvimento institucional do texto da Constituição Norte-Americana (que então contava com 50 anos de existência). Um dos capítulos de grande repercussão da obra é dedicado ao exame da “tirania da maioria”. Neste ponto, Tocqueville descreve as consequências de um regime em que a maioria tem poderes ilimitados pelo simples fato de ser a maioria consolidada ou, em outras palavras, ser a expressão da soberania popular.

Geralmente, a opinião e os interesses da maioria opõem-se à opinião e aos interesses das minorias. A questão proposta por Tocqueville é a seguinte: se um homem com poderes absolutos pode abusar do poder para prejudicar seus oponentes, por que o mesmo não pode se passar com a maioria? Tocqueville compreendia, com a lucidez necessária ao observador das forças democráticas em uma nação então escravocrata, que alguma força social devia ser predominante, mas que a liberdade estava em risco se este poder fosse ilimitado.

Deve-se ressaltar que obra de Tocqueville é visivelmente contextualizada em relação ao tempo em que foi escrita, num momento em que a escravidão era admitida nos EUA e que a expressão “*We, the people*”, do preâmbulo da Constituição norte-americana, excluía completamente a população negra⁴. Instaurava-se, portanto, um debate sobre os limites do exercício do poder da maioria, sobretudo na esfera

⁴ A questão envolve o famoso precedente da Suprema Corte Norte-Americana de 1857, que mais adiante retomarei, o caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857). Neste precedente, foi estabelecido pela Suprema Corte que as pessoas de origem africana mantidas como escravos, assim como seus descendentes, não gozavam da proteção da Constituição norte-americana.

legislativa, para evitar que este poder não fosse utilizado de modo tirânico ou arbitrário. Particularmente interessante neste capítulo da obra é a descrição do sentimento de isolamento, e até mesmo de desolação, imposto à minoria. Segundo o autor, “a maioria possui um poder que é físico e moral ao mesmo tempo, que age sobre a vontade e sobre a ação dos homens, reprimindo não só a competição, mas toda e qualquer controvérsia” (TOCQUEVILLE, 2014, p. 5489).

Sua obra explora a ideia de conformismo na formação das crenças individuais ao afirmar que “os homens se parecem uns aos outros e sofrem naquilo que não se parecem aos outros” (TOCQUEVILLE, 2014, pp. 5506 e 5514), de modo que apenas ter uma opinião contrária à maioria é causa de desconforto. Deste modo, uma das formas de tirania está na constatação de que a maioria consegue erguer obstáculos à liberdade de opinião, uma vez que as vozes contrárias, ou se calam, ou são reprimidas pela falta de suporte no silêncio dos demais (ELSTER, 2014, p. 4743). A maioria exerce, assim, uma pressão poderosa no sentido de que o sentimento do conjunto condiciona a inteligência de cada um:

“...pois não seria provável, sendo todos bem dotados com meios iguais de discernimento, que a maior verdade não esteja com o maior número. (...) A maioria se encarrega de fornecer uma infinidade de opiniões prontas para uso dos indivíduos, que são assim exonerados da necessidade de formarem sua própria opinião.”⁵ (TOCQUEVILLE, 2014, p. 8951-60, tradução minha).

Entre os autores contemporâneos que também se voltaram ao estudo deste aspecto do poder exercido pela maioria está Jon Elster, cientista político norueguês que hoje é professor na Universidade de Columbia, em Nova Iorque. Ele fornece diversos exemplos de tirania que podem nos interessar em face da atual crise política instalada no Brasil, sendo o primeiro deles o velho uso do poder para a permanência do poder. A vantagem de estar no poder, explica Elster, nem sempre significa tirania, porém, quando a

maioria circunstancial ignora os limites constitucionais, manipula as leis eleitorais, falsifica dados econômicos em função do controle sobre os órgãos de pesquisa estatística, utiliza a mídia estatal como uma ferramenta de propaganda, e manipula as políticas monetárias visando puramente à reeleição, ela ultrapassa os limites de legitimidade do governo. (ELSTER, 2014, p. 4707, tradução minha)

⁵ “...for it would not seem probable, as they are all well endowed with equal means of judging, but that the greater truth should go with the greater number. (...) The majority undertakes to supply a multitude of ready-made opinions for the use of individuals, who are thus relieved from the necessity of forming opinions of their own.”

Essas formas de tirania que remontam ao uso da máquina estatal ou ao uso de artifícios para a permanência do poder são formas que podem ser nitidamente observadas na história brasileira recente, o que, por si só, poderia levar a uma série de questionamentos respeito da legitimidade do exercício do poder democrático no país – tema bastante explorado no campo da ciência política. Só que, de um outro modo, a tirania da maioria também pode ser exercida contra minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, contra grupos em situação de vulnerabilidade, ou contra práticas sociais controvertidas, como a homossexualidade. Esses são problemas mais sérios que exigem uma resposta constitucional quanto à garantia dos direitos das minorias (ELSTER, 2014, p. 4718, 4724). Observe-se que não estamos lidando com preferências, e sim com *direitos*, que pertencem às minorias e aos demais cidadãos.

Por isso, Jon Elster vai além na questão da tirania para referir a “brutalidade” da maioria, que reside na característica do ganha/perde (*winner-takes-all*) das decisões majoritárias e no fato de o grupo vencedor impor sua vontade, mesmo que seja uma decisão majoritária de apenas 51%. Para ilustrar o argumento, ele lembra que na Escócia, um escore de 8x7 entre 15 jurados pode condenar alguém à prisão perpétua e, até pouco tempo, o mesmo escore podia condenar alguém à pena capital (hoje exige-se quórum qualificado para tanto). Isso significa que um voto apenas decidia, literalmente, uma questão de vida ou morte. Se por um voto apenas ou por milhões de votos a mais, o resultado é rigorosamente o mesmo: a maioria impõe sua vontade sobre a minoria e tudo indica que, na concepção de Elster, o mero poder de imposição implica uma espécie de brutalidade (ELSTER, 2014, p. 4826). Se os termos da disputa são o tudo-ou-nada (*winner-takes-all*), não importa se a maioria venceu por apenas um voto ou 51% dos votos, ela prevalecerá (ISSACHAROFF, 2014, p. 7046-7052).

Poderíamos questionar se, afinal, existe legitimidade nas decisões majoritárias enquanto método de tomada de decisão, e diversos argumentos podem ser invocados nessa reflexão. Especificamente sobre o tema, há um trabalho publicado por Jeremy Waldron (*Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?*), em que o autor procura justificar a adequação da tomada de decisão por maioria de votos, tanto em pleitos eleitorais e legislaturas quanto nos colegiados judiciais – em particular, nas Cortes Constitucionais. Waldron examina diversas justificativas que suportam este tipo de decisão, que vão desde a questão aritmética envolvida na probabilidade de o maior número de votos representar a maior probabilidade de acerto, até a analogia com a

disputa pelo uso da força bruta para a tomada de decisões, caso em que, numa batalha, o maior número venceria a disputa por contar com maior força física. Sobressai, contudo, um fundamento de justiça existente nas decisões majoritárias, pois o chavão “*one man – one vote*” traz consigo a ideia de que a opinião de todos os cidadãos deve ser considerada com igualdade (WALDRON, 2014, p. 1719).

Para além da persuasão do leitor em favor das decisões majoritárias, o texto em questão revela um esforço de autoconvencimento do autor, pois ele reconhece como duvidoso, para dizer o mínimo, o coeficiente de adequação e justiça em decisões tomadas por uma maioria escassa (tome-se por exemplo, 51,6% num pleito eleitoral, 5x4 [na USSC] ou 6x5 [no STF] na declaração judicial de inconstitucionalidade de determinada lei). Porém, enquanto *procedimento* para a tomada de decisões, Waldron demonstra que, ainda assim, há diversos fundamentos que amparam as decisões majoritárias tomadas por larga ou por escassa maioria.

Em brevíssima síntese, Waldron apresenta o argumento da eficiência (votação por maioria é um método fácil, decisivo e de baixo custo), o argumento epistêmico (os argumentos que persuadem o maior número são os melhores argumentos), o argumento pragmático (na comparação com outros métodos de decisão, como o “cara ou coroa”, a votação por maioria ainda é melhor), e o argumento da justiça – este último desmembrado em dois aspectos: (a) informalmente: a minoria de hoje pode ser a maioria no próximo ciclo político, com as mesmas prerrogativas; (b) formalmente: as decisões majoritárias consideram os participantes políticos como iguais, ou seja, nas escolhas relevantes para a sociedade, a decisão majoritária considera a opinião de todos e respeita cada um em iguais condições (WALDRON, 2014, pp. 1710-1724).

Embora o autor não se convença com cada justificativa apontada isoladamente, ao final conclui pela adequação procedimental das decisões majoritárias lançando mão do conjunto delas (WALDRON, 2014, p. 1725). Cumpre esclarecer que o propósito do autor, nesse estudo em particular, é demonstrar que o procedimento de decisões por maioria (ainda que apertada) nas cortes constitucionais, no final das contas, é tão adequado ou satisfatório como aquele utilizado nos pleitos eleitorais e pelo legislativo na aprovação das leis. O problema, por conseguinte, não reside no *método* de tomada de decisão, e sim no *mérito* de algumas decisões.

Daí segue que Waldron rejeita a ideia de tirania como algo que decorra

meramente do sistema de escolha majoritária, e talvez seja este o grande mérito do seu estudo. Nem todo resultado de uma controvérsia é expressão de tirania. A grande questão está em reconhecer que o dissenso é *inerente* às sociedades plurais e multifacetárias onde, frequentemente, existe profundo desacordo em torno de questões morais e, de algum modo, alguma decisão deve ser tomada.

Não é à toa que uma parte considerável dos estudos sobre democracia trata do problema da *deliberação*, sugerindo que as partes que discordam em questões morais devem debater suas razões continuamente, até que se chegue a uma decisão que satisfaça razoavelmente a todas as partes.⁶ Não se chegando a um consenso possível, persiste a necessidade de um método de escolha que seja conclusivo – aí a funcionalidade das decisões majoritárias. Em temas mais polêmicos, o problema das decisões majoritárias por um voto apenas reflete, justamente, essa *naturalidade* do dissenso na sociedade moderna:

Parte da compreensão de que as questões de princípio devem ser tratadas deste modo deve-se ao fato de que nelas é possível razoável desacordo. Juízes discordam sobre direitos – e não há como fugir disso – e, embora sejam experts em direito constitucional, não há como negar que suas divergências recíprocas são semelhantes às divergências entre os cidadãos comuns sobre essas questões. Sobre aborto, ações afirmativas, financiamento de campanhas, pena de morte à adolescentes – em todas essas questões – as pessoas divergem razoavelmente. Prova disso é que até os juízes, no fim das contas, não tem outra solução que não seja contar cabeças ao definir tais questões. Reconhecendo isso, talvez sejamos um pouco mais tolerantes a respeito das nossas divergências, não necessariamente abrindo mão de nossa oposição, mas evitando caracterizar a visão do nosso oponente como viciada, corrupta ou além dos limites⁷. (WALDRON, 2014, p.1727, tradução minha)

Ele recorda que decisões majoritárias tirânicas podem ocorrer tanto no Judiciário

⁶ Este aspecto constitui um dos enredos centrais da ciência política moderna, tratado como o problema da deliberação ou democracia deliberativa. Para uma breve e esclarecedora síntese do debate, cf. Amy Gutmann e Dennis Thompson: *Democracy and Disagreement* (in DAHL, Robert; SHAPIRO, Ian; CHEIBUB, José Antonio. *The Democracy Sourcebook*. Cambridge: MIT Press, 2003. (Kindle Edition), pp. 18 a 24.

⁷ “Part of understanding that matters of principle have to be dealt with in this way involves owning up to the fact that reasonable disagreement is possible on these matters. Judges disagree about rights - there is no way around that – and although they are experts in constitutional law, there is no denying that their disagreements with each other are in many ways just like the disagreements, on these matters, that ordinary citizens have with one another. On abortion, affirmative action, campaign finance, or the juvenile death penalty -on all these issues- reasonable people disagree. That even the judges, at the end of the day, have no choice but to count heads on these issues shows us that. Acknowledging this, we might be a little more tolerant of our disagreements with one another - not relaxing our opposition necessarily, but refraining from characterizing our opponents' views as positions that are in some sense vicious, corrupt or beyond the pale.”

quanto no Legislativo, lançando mão de dois exemplos: o precedente *Dred Scott*, da Suprema Corte Norte-Americana, de 1857⁸; e o *Fugitive Slave Act*, de 1850, aprovado pelo Congresso Norte-Americano⁹. Mas isso não significa que há tirania da maioria sempre que a minoria perde uma votação:

Quando percebermos isso, poderemos dizer o mesmo sobre pertencer à facção perdedora no processo de decisão democrática: não significa necessariamente sofreremos sob a tirania da maioria. ¹⁰(*op. cit.*, p. 1728, tradução minha)

A tirania então não estaria no procedimento, mas sim naquilo que dele pode resultar. O fato de se reconhecer um “direito legítimo de prevalecer” à vontade da maioria não garante, de modo algum, a legitimidade democrática das decisões impostas. Portanto, interessa saber se o *mérito* da deliberação majoritária não causa, para uma minoria, desvantagens não autorizadas do ponto de vista constitucional, caso em que, aí sim, se poderia falar em tirania ou brutalidade. Conforme examinarei na segunda parte deste estudo, algumas deliberações estão *vedadas* à maioria por dizerem respeito a garantias fundamentais preservadas pelas constituições e também pelos tratados de direitos humanos de que sejam signatárias as nações envolvidas. Sintetizando a questão, permito-me adotar a concepção de Giovanni Sartori: “no contexto constitucional, tirania da maioria significa violar, legislando ou governando, os direitos das minorias: substancialmente, é a aplicação absoluta do princípio majoritário” (SARTORI, 1993, p. 89).

Ao fim e ao cabo, não estamos tão distantes da obra de Tocqueville que, escrita em 1835, supunha um poder absoluto da maioria e analisava seus efeitos sobre o meio social – ilustrando um fenômeno maior, que é a opressão da sociedade sobre o indivíduo. Suas observações já sugeriam a necessidade de contenção da arbitrariedade de uma maioria sem limites. A questão chave passa a ser: quais os limites à atuação da maioria e quem os fiscaliza?

⁸ Cf. NR n. 5, *retro*.

⁹ Segundo esta lei, os escravos fugitivos capturados deveriam ser devolvidos aos seus donos, e tanto os oficiais da polícia e do exército norte-americano quanto os cidadãos deveriam cooperar com os objetivos da lei. Os oficiais que não capturassem os suspeitos de fuga eram penalizados com multa US\$ 1.000,00, uma soma altíssima à época. (*Act of Sept. 18, 1850, ch. 60, 9 Stat. 462*)

¹⁰ Once we realize this, we may want to say the same thing about being a member of a losing faction in democratic decision-making: it does not necessarily mean suffering under the tyranny of the majority.

Com efeito, as decisões majoritárias estão sujeitas a condicionantes que vão desde os mecanismos políticos desenvolvidos para a busca de um consenso possível até as limitações éticas e jurídicas que possam reprimir os eventuais abusos da maioria. Por isso, na reflexão sobre as propostas legislativas que consubstanciam o Projeto de Estatuto da Família e a PEC da Maioridade Penal, será fundamental questionar se esses projetos contêm disposições que possam levar à supressão de direitos de indivíduos ou de grupos minoritários ou em situação de vulnerabilidade, que estejam assegurados na Constituição. Se ficar demonstrada esta espécie de tirania, deve-se levar o problema ao órgão constitucionalmente responsável pelo exame das lesões ou ameaças de lesões a direitos – entre nós, o Poder Judiciário (CF, art. 5º, inc. XXXV).

Pensando nessas condicionantes ao poder da maioria é que os sistemas políticos introduzem nas constituições modernas alguns mecanismos de contenção que aliviam o aspecto da tirania nas decisões majoritárias e acabaram por colocar os Tribunais Constitucionais na condição de “player” no jogo de forças democráticas. Essa engenharia de contenção de arbitrariedade e as formas de controle pelos Tribunais serão objeto das próximas seções.

3. ATENUANTES AO PESO DAS DECISÕES MAJORITÁRIAS E REFLEXOS AOS PROJETOS EM QUESTÃO

Ao longo do tempo, diversos mecanismos “atenuantes”¹¹ foram desenvolvidos para que o poder democrático fosse exercido dentro da ideia de equilíbrio e de combate à arbitrariedade. Para fins didáticos, farei a análise desses mecanismos em três diferentes etapas. Na primeira analisam-se as atenuantes presentes nas formas de organização política dos estados (ou no *design* institucional); na segunda, os freios impostos pelo reconhecimento dos direitos humanos. Nesta segunda etapa,

¹¹ A denominação de “atenuantes” ao poder da maioria é proposta no trabalho de Jon Elster (2014). Para ele, “o efeito [da brutalidade da maioria] é menos pronunciado em (1) sistemas presidencialistas, (2) sistemas federativos, (3) sistemas multipartidários, (4) sistemas bicamerais e (5) sistemas com um forte controle judicial de constitucionalidade.” (ELSTER, 2014, p. 4832) Embora utilize a mesma denominação, ao tratar brevemente dos primeiros aspectos, utilizarei como referência a divisão de poderes engendrada na Constituição Federal de 1988, acrescentando outros pontos que considero relevantes e que não são examinados naquele trabalho, como é o caso do discurso dos direitos humanos. A referência a Elster aparece em alguns exemplos de atenuantes encontradas no direito comparado que não tenham similar no nosso ordenamento.

particularmente relevante, identificarei os pontos que demandam a atenção dos parlamentares nas deliberações sobre o estatuto da família e da PEC da maioria penal. Finalmente, na terceira etapa, refere-se o papel atribuído aos Tribunais Constitucionais de verificação e limitação das arbitrariedades que possam estar contidas nas deliberações democráticas.

Quanto às atenuantes inerentes ao desenho institucional, diversas experiências políticas demonstram que os diferentes modos de acesso ao poder, de organização e distribuição dos poderes decisórios podem influenciar no maior equilíbrio do poder democrático. Para citar um exemplo, veja-se os *sistemas federativos*, que, ao descentralizarem o poder distribuindo-o entre diversos entes com diferentes esferas de competências, permitem uma distribuição maior do peso das decisões políticas. A Constituição Federal de 1988 reconheceu a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, como entes autônomos e dotados de competências exclusivas, concorrentes e comuns. Com isso, formam-se diferentes maiorias no âmbito de decisão de cada ente federado e as decisões centrais exigem maior negociação, deliberação e consenso.

De outro modo, os sistemas políticos que admitem o *pluripartidarismo* apresentam algumas vantagens em relação aos sistemas que adotam o *bipartidarismo*, sendo a primeira delas a exigência de maior diálogo, deliberação e consenso para a formação de uma maioria. Essa pluralidade de opções, em tese, propicia uma oscilação maior dos membros entre a maioria e os diversos grupos minoritários, o que favoreceria a alternância no poder majoritário. O problema é que, se por um lado, o pluralismo partidário dificulta a formação de uma maioria coesa e exige um esforço maior de negociação, por outro, um número muito elevado de partidos dificulta a formação de uma minoria coesa, com condições efetivas de mobilização para um dia poder tornar-se maioria.

Os *sistemas legislativos bicamerais* também contribuem para coibir a tirania da maioria à medida que distribuem o poder legislativo em duas câmaras legislativas, pois já não se afigura suficiente consolidar uma maioria em apenas uma das casas: é necessário o acordo em ambas. De acordo com o nosso sistema, uma das casas pode simplesmente arquivar o projeto aprovado na outra (CF, art. 65) ou retardá-lo de modo a aguardar o debate público sobre a matéria. Essa demanda pela publicidade dos

debates é, por si só, outro importante contrapeso à brutalidade da maioria (ELSTER, 2014, p. 4940).

O *voto secreto*, considerado uma garantia efetiva do princípio democrático, garante que a participação no processo decisório seja livre de pressões que possam ser exercidas pela maioria que está no poder e por quem faz uso da máquina estatal. O segredo serve de escudo contra pressões que “podem vir do governo mesmo ou dos partidos que tem o poder nas mãos, bem como da Igreja, dos sindicatos, da classe patronal” (BONAVIDES, 1994, p. 238). Em suma: em que pese o tema seja objeto de constante debate no país, o voto secreto é uma importante defesa contra a tirania da maioria.

Outra forma efetiva de frear a arbitrariedade da maioria é a *alternância no poder*, atributo essencial aos regimes republicanos para evitar o apego ao poder e à coisa pública, tendo como corolário a temporariedade dos mandatos eletivos. Uma democracia real e legítima deve funcionar como uma via de mão-dupla, assegurando, por meio das eleições, um caminho de ascensão ao poder e também, ao mesmo tempo, de despedida do poder, de modo que os perdedores de hoje possam ser os vencedores de amanhã. A possibilidade iminente de alternância no poder guarda implícita – mas sempre presente – a ideia de que tudo aquilo feito por quem esteja hoje no poder possa vir a ser feito também por quem, numa reviravolta eleitoral, assuma o poder. Jon Elster sintetiza bem esta ideia na suposição de que “se nós fizermos isso com eles, eles farão isso conosco” (ELSTER, 2014, p. 5033). Seria uma “corruptela” do imperativo categórico kantiano atuando como freio à arbitrariedade: só agir de modo que a ação possa se tornar uma lei universal implica um não-agir se não se deseja que a mesma ação possa ser praticada pelos outros.

Este é um remédio particularmente eficaz para evitar a brutalidade da maioria momentânea no exercício do poder; a alternância exige uma interação entre todos os atores políticos, já que a possibilidade de uma minoria vir a ser maioria e exercer essa prerrogativa com brutalidade faz com que haja uma autocontenção daquele grupo que se encontra no poder (ISSACHAROFF, 2014, p. 7058), prevenindo futuras represálias.

Finalmente, o veto do Executivo (CF, art. 66) sempre será uma alternativa ao “auto-engrandecimento” do Poder Legislativo (*legislative self-aggrandizement*) e pode

servir de contrapeso à atividade de maiorias populistas, apaixonadas ou com interesses próprios, servindo de freio adicional a “impulsos legislativos perigosos” (ELSTER, 2000, p. 131). Isso, é claro, quando não for o próprio Executivo a representação de um governo populista, apaixonado e auto-engrandecido, caso em que se terá a possibilidade da derrubada definitiva do veto pela maioria absoluta do Parlamento (CF, art. 66, § 4º).

Todos esses mecanismos fazem parte da engenharia constitucional de distribuição dos poderes e conferem, em certa medida, um grau de correção nos procedimentos adotados no exercício do poder e no processo de deliberação majoritária. Contudo, lembra SARTORI, a divisão dos poderes pode até frear a arbitrariedade da maioria, mas é insuficiente para o conter o “despotismo das regras”, pois

se uma mesma maioria controla o legislativo e o executivo, não será a sua divisão que impedirá que aquela maioria ‘tiranize’ as minorias e atropеле a oposição. Em consequência, quando não se limita o exercício do princípio majoritário, surge a tirania (constitucional) da maioria. Em essência, aqui o problema é ou são os *direitos da minoria* (SARTORI, 1993, p. 89 - grifos originais do autor).

Por isso deve-se considerar também as atenuantes que se refletem imediatamente sobre o produto final do exercício do poder e são capazes de influenciar no próprio conteúdo das deliberações finais que consubstanciam as regras gerais emanadas do Poder Legislativo. Nesse contexto, uma segunda etapa considera o discurso dos direitos humanos e seu papel de orientação do processo valorativo necessariamente presente na consecução das funções exercidas por cada um dos poderes estatais.

Entre diversas definições, tem-se os direitos humanos como sendo “direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”, ou seja, os direitos que são fundamentais para uma vida “pautada na liberdade, igualdade e dignidade” (RAMOS, 2015, p. 28). Esses direitos passaram por um processo de universalização que propiciou o desenvolvimento de um sistema normativo internacional voltado à ampla proteção da pessoa humana. Como resultado, o indivíduo passa a contar com um sistema de proteção adicional no âmbito internacional nos casos de violação de direitos assegurados em tratados internacionais, reforçado tanto pela ampla gama de direitos reconhecidos quanto pelos meios de monitoramento e proteção desses direitos, os

quais lhe conferem o *status* de sujeito de direito internacional (PIOVESAN, 2015, p. 452, 461).

Há entre os teóricos uma grande discussão sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos – um verdadeiro embate entre jusnaturalistas e juspositivistas, e uma parte considerável deles tem dificuldade para reconhecer os direitos humanos como direitos subjetivos. A descrição desta celeuma é desnecessária neste ponto, cujo objetivo é muito mais simples do que resolver tais questões: pretendo apenas descrever e avaliar a efetividade do “discurso” dos direitos humanos na conformação substancial das leis internas no país – leis das quais, indiscutivelmente, podem decorrer direitos subjetivos. Começo, então, por um brevíssimo resgate de eventos históricos que expressam as diversas fases do movimento que inseriu os direitos humanos nas agendas nacionais.

Embora o dissenso sobre qual tenha sido o *primeiro* documento formal de proteção dos direitos humanos, costuma-se emprestar certa importância à *Magna Charta* inglesa, que em 1215 passou a reconhecer direitos dos homens em face da arbitrariedade do monarca. Este documento histórico registra a primeira manifestação escrita do princípio da legalidade e da vinculação do próprio rei aos seus comandos.¹² Séculos mais tarde, a pauta dos direitos humanos recebeu inegável contribuição do movimento constitucionalista presente nas Declarações dos Estados Americanos do século XVIII. Desta fase do constitucionalismo resultou o reconhecimento dos direitos fundamentais como essência da Constituição e do próprio Estado de Direito (SCHMITT, 1981, p. 205).

O ponto alto deste movimento em favor dos direitos fundamentais culminou na Constituição Mexicana de 1917 e, logo em seguida, na Constituição de Weimar de 1919, ambas carregadas de direitos destinados à garantia das liberdades e também da igualdade substancial – daí serem reconhecidas como as primeiras constituições a se ocuparem dos direitos sociais. O fato, entretanto, é que a mera previsão normativa dos direitos nas constituições não preveniu as atrocidades observadas nas duas guerras mundiais do século XX. Em particular, a Segunda Grande Guerra da Alemanha Nazista

¹² Entre seus dispositivos, ganhou notoriedade a cláusula que estabelecia que nenhum homem livre poderá ser preso, ou detido, ou desapossado, ou banido, ou exilado, ou seja como for constrangido, nem o rei jamais poderá retê-lo ou prendê-lo, sem o ter previamente submetido a um julgamento de seus pares e pela lei da terra. (COMPARATO, 2013, p. 91).

deixou um saldo de 60 milhões de mortes entres os anos de 1939 e 1945, e um triste legado de perseguição, exclusão social e extermínio de minorias étnicas e religiosas. Tais ocorrências culminaram na formação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo por metas (a) a criação de padrões internacionais para o desenvolvimento econômico e social da humanidade, (b) assegurar a autodeterminação dos povos, (c) manter a paz e a segurança internacional e (d) promover a solução pacífica de controvérsias (COMPARATO, 2013, pp. 228-9).

Por este prisma, uma forma de limitar os objetivos do poder dos governos nacionais foi criar uma espécie de comando universal¹³ que determina a proteção dos direitos do homem. Embora a demanda dos direitos humanos tenha mais apelo na área do discurso que da efetividade – noutras palavras: seu efeito é mais *moral e político* do que *jurídico e vinculante* –, é inegável que exerce um papel relevante de transformação nas ações promovidas pelos Estados, que se veem constrangidos a não se voltarem contra o próprio cidadão. Como demonstração, observe-se que somente são admitidos na Comunidade Europeia os países que adotem sistemas democráticos e que possuam, em suas respectivas constituições, mecanismos de proteção das minorias, sobretudo das minorias étnicas e religiosas presentes em cada região.

Uma dessas transformações nas ações promovidas pelos estados está bem nítida na elaboração das constituições modernas, servindo a nossa de exemplo: elas asseguram praticamente todos os direitos previstos na Declaração dos Direitos Humanos no respectivo capítulo dos direitos fundamentais. A Constituição Brasileira, em particular, equipara à hierarquia das normas constitucionais as normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aprovadas por maioria de 3/5 em dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional (art. 5º, §3º).

No caso do Brasil, sabe-se que na Constituição não faltam direitos fundamentais; em compensação, na prática, abunda o desrespeito a eles. Apesar da urgente necessidade de o próprio cidadão brasileiro evoluir muito na *prática* dos direitos humanos, nosso sistema normativo conta com honrosos exemplos demonstrando sua

¹³ Sobre o debate entre universalismo e relativismo, conferir, por todos: SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, Junho 1997.

influência sobre o direito objetivo por aqui. Tal seria o caso da edição da Lei Maria da Penha –Lei 11.340/2006–, editada como uma das respostas à conclusão do Relatório n. 54, de 4 de abril de 2001, da CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos.¹⁴ O Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência oferece outro notável exemplo. No Relatório do Grupo de Trabalho encarregado de analisar o projeto de lei que resultou nesse estatuto, fica explícita a intenção de conformá-lo às normas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.¹⁵ O Congresso encarregou-se de aprová-lo por maioria de três quintos em dois turnos de aprovação, elevando a Convenção à condição de emenda constitucional.

Tais diplomas legislativos demonstram que o discurso dos direitos humanos exerce algum efeito conformador das ações estatais, e nesse sentido serve de atenuante à eventual tirania de uma maioria predisposta à supressão de direitos de grupos minoritários. Afora isso, devido à grande similitude entre o catálogo dos direitos humanos nos tratados internacionais e o rol de direitos previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, violações às garantias ali expressas coincidem com a violação dos tratados internacionais.

Com o desenvolvimento dos direitos humanos, uma ideia que conquistou o seu lugar no pensamento jurídico e filosófico foi a ideia de dignidade da pessoa humana, ultrapassando as fronteiras da ética para assumir a condição de princípio jurídico fundamental da Constituição. Este não é um trabalho sobre dignidade humana¹⁶, mas importa aqui a admissão, praticamente pacífica na doutrina, de que a dignidade canaliza o fundamento moral dos direitos fundamentais, impedindo sua relativização

¹⁴ CIDH – Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil. Relatório disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> O relatório responsabiliza o Brasil “pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil”.

¹⁵ “[assumimos]... o compromisso de basear nossas propostas e trabalho nos princípios e ditames da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo, internalizados pelo Estado Brasileiro com equivalência de emenda constitucional. Comprometemo-nos, ainda, a não retroagir nos direitos já conquistados pelos cidadãos brasileiros com deficiência”. Trecho da Carta Aberta elaborada pelo GT criado pela Portaria SDH/PR n. 616/2012, constant do relatório de trabalhos do projeto de lei para criação do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência. Capturada em 24/1/2016, disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf

¹⁶ Cf., por todos: SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

em favor de interesses sectários ou mesmo do interesse público. O núcleo intangível da dignidade eleva os direitos fundamentais à condição de “trunfos”¹⁷ (uma expressão mais forte que “atenuantes”) em face das decisões da maioria política, algo que se observa em dois aspectos:

de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, *contra as decisões da maioria política*; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões providas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, *esses terceiros formam uma maioria* ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica (NOVAES, 2006, p. 34 - grifei).

Para além da intangibilidade dos direitos e liberdades fundamentais, John Rawls confere-lhes ainda uma espécie de primazia, à medida que esses direitos somente podem ser limitados *em favor de outro direito ou liberdade fundamental, e nunca por razões de bem-estar geral* (RAWLS, 2000, p. 349). O conjunto da obra de Rawls se insere na sua teoria própria sobre a ideia de Justiça (*Justice as Fairness*, um conceito que resulta do arranjo entre a liberdade, a igualdade de oportunidades e o reconhecimento das diferenças, com a liberdade em primeiro plano), e explorar a complexidade deste conceito ultrapassa em larga medida os objetivos deste trabalho, que é analisar as formas de brutalidade da maioria e apontar os mecanismos próprios de contenção. Mas é preciso explicar que esta primazia que os liberais conferem aos direitos e liberdades fundamentais serve para deixá-los *a salvo das maiorias políticas que procurem reduzi-los*. Como decorrência, considera-se um núcleo irreduzível de direitos, blindado, inclusive, contra as deliberações majoritárias, cumprindo aos estados a tarefa de criar instituições capazes de garantir este núcleo.

Daí se compreende a visão de Rawls sobre as Cortes Constitucionais como sendo uma dessas instituições – uma “instituição exemplar da razão pública” cuja missão é evitar que a Constituição seja frustrada pela legislação aprovada pelas maiorias momentâneas, “por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem” (RAWLS, 2000, pp. 286 e 284). As Cortes cumprem o papel de garantir o equilíbrio entre os direitos fundamentais e o poder

¹⁷ A referência a direitos fundamentais como “trunfos” foi inicialmente empregada nesse sentido por Ronald Dworkin no seu livro “Uma Questão de Princípio” (São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 82).

democrático fundadas numa decisão, logicamente anterior, pela necessidade de preservação dos direitos do homem. Estão a tanto autorizadas à medida que

os direitos fundamentais são pré-comprometimentos escolhidos pela própria soberania popular, no exercício do poder constituinte originário, e convertidos em direitos constitucionais atribuídos aos indivíduos, inclusive –e sobretudo– em face dos próprios órgãos governamentais criados pelo poder constituinte originário (MELLO, 2004, p. 144).

Com os direitos do homem em mente, e seu papel condicionante das deliberações majoritárias, já se pode exercitar algumas reflexões a respeito dos projetos legislativos que inspiraram este estudo – o Estatuto da Família e a PEC da maioria penal. Ambos, em que pesem suas aprovações pela maioria da Câmara, revelam demonstrações de tirania por levarem à injustificável supressão de direitos e garantias constitucionais. Ambos caminham na contramão dos direitos humanos e da proteção da igualdade, autonomia e dignidade. Ambos exigirão, caso aprovados também no Senado, uma resposta jurídica, institucional e constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Senão, vejamos.

O primeiro projeto (Estatuto da Família), de início, não contempla as estruturas monoparentais (aquelas formadas por apenas um dos pais, que escapem ao modelo de “união entre um homem e uma mulher”), mas sua mácula mais grave está em excluir dos homossexuais a prerrogativa de constituírem uma família a partir de suas relações de comunhão de afeto e demais deveres patrimoniais e extrapatrimoniais. Particularmente, quando o próprio STF, intérprete autêntico da Constituição, já havia reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar na ADPF 132. O Estatuto da Família, tal como redigido o art. 2º, distancia o direito da sociedade, ignorando a (r)evolução apresentada pelo conceito de entidade familiar – tanto na própria sociedade como na doutrina do direito de família.

Roger Raupp Rios, em profundo estudo sobre o tema, descreve o processo de transformação no instituto da família e demonstra que

a atualização do direito de família aponta, para além do paradigma da família institucional, o reconhecimento dos novos valores e das novas formas de convívio constituintes das concretas formações familiares contemporâneas, que alcançam não só a citada ‘família fusional’ mas também a ‘família pós-moderna’. (...) O direito de família caminha cada vez mais em direção ao reconhecimento da natureza familiar de relações humanas, estáveis e duradouras, fundadas na sexualidade e no afeto, com a intenção de estabelecer-se uma comunhão de vida (RIOS, 2013, p. 6-7).

O projeto de Estatuto desafia, também, as tendências internacionais na proteção dos direitos homossexuais. Não só os Estados estão obrigados a protegerem os indivíduos contra a discriminação baseada em orientação sexual (Comitê de Direitos Humanos, *Caso Toonen vs, Australia*, 1994), como a Recomendação Geral n. 20 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observa que os direitos presentes no Pacto de 1966 não podem ser negados em razão da orientação sexual do indivíduo. Mais recentemente, em 2011, foi aprovada uma resolução do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmando expressamente que os direitos LGBTI são direitos humanos, vindo a ser reiterada em 2014. O Brasil foi um dos Estados proponentes da resolução, expressando aí um aceite tácito (PIOVESAN e SILVA, 2015, p. 2624).

De parte isso, a formação da família é um direito inerente à própria personalidade do indivíduo e integra a autonomia privada individual, razão pela qual se afigura inegável sua natureza de direito fundamental, associado à dignidade, à liberdade e ao desenvolvimento da personalidade. Não por outra razão é que a Constituição determina, no *caput* do art. 226, que a família “tem especial proteção do Estado”. Ao excluir do instituto da família os arranjos formados a partir das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o estatuto retrocede em relação à proteção conferida pela jurisprudência do STF (cujo *leading case* teve decisão unânime e *erga omnes*), e desperdiça a oportunidade de atualizar o direito de família de modo compreensivo das novas alternativas que a dinâmica social apresenta. O que a maioria parlamentar teria a perder se o dispositivo em questão simplesmente previsse a união entre “pessoas”, sem referência restritiva a homem ou mulher?¹⁸

A maioria heterossexual no parlamento (a propósito, RIOS: “o heterossexual, que nunca necessitou ser heteroafetivo para ter direitos reconhecidos” – 2013, p. 17) nada teria a perder por reconhecer a igualdade no direito de formar uma família aos casais homossexuais. A laicidade estatal seria suficiente para barrar qualquer justificativa baseada em fundamentalismo religioso para este tipo de discriminação,

¹⁸ Enquanto a pergunta paira no ar, cumpre notar que diversos projetos visando à equalização dos direitos homossexuais foram propostos no legislativo brasileiro e acabaram barrados pelos parlamentares com poder de agenda. Sem recorrer a eufemismos, o fato é que hoje, em nosso Estado declaradamente laico, observa-se ainda uma verdadeira captura do Congresso Nacional por bancadas que ostentam, inequivocamente, uma orientação religiosa específica e fundamentalista da qual decorre esse posicionamento (majoritário) contrário à homossexualidade.

recomendando que tais justificativas permaneçam reservadas ao âmbito individual, privado e íntimo da liberdade de crença de cada um. Do contrário, tem-se retratado o quadro de tirania/brutalidade descrito na primeira parte deste estudo, em que a maioria de ocasião sobrepõe seus próprios interesses íntimos e pessoais à finalidade pública de proteção do indivíduo, abusando de sua prerrogativa de impor uma decisão ao conjunto social.

Por sua vez, a PEC para reduzir a maioria penal de dezoito para dezesseis anos oferece alguns pontos problematizáveis para a discussão, mas nem assim terá melhor sorte. A questão tem sido tratada como um debate do ponto de vista moral. Assim como se é favorável ou contra a legalidade do aborto, à eutanásia ou ao financiamento público de campanhas eleitorais, parece que a discussão gira em torno de valores e que a maioria seria livre para decidir sobre a idade mínima adequada para a imputabilidade penal. Também é discutível a “aposta” pragmática de que o encarceramento de menores diminuirá o problema da violência no país (sem que se ofereça qualquer demonstração cabal da adequação e necessidade do meio em relação ao fim). Tudo isso é reforçado por um argumento “geográfico”, no sentido de que a maioria penal, por não se situar em qualquer inciso expresso no art. 5º na Constituição (direitos e garantias fundamentais individuais), não constitui cláusula pétrea e portanto pode ser alterada por emenda constitucional aprovada pelo Congresso.

Espero deixar a resposta da Constituição a tais questões bastante clara, mas não tanto a ponto de ofuscar o problema da própria injustiça (moral) dessa medida, presente na situação em que o Estado, tendo falhado na promoção das políticas públicas de inclusão social e oferta de perspectivas para o desenvolvimento de um grupo em situação de vulnerabilidade social (o escopo da medida é escancaradamente o encarceramento da população adolescente pobre e negra¹⁹), se volta contra sua própria vítima para privá-la da liberdade que ela já não teve condições mínimas de conquistar e exercer – um tipo perverso de *bis in idem*. Voltemos porém ao texto da Constituição.

¹⁹ Sobre as repercussões da mídia e, por tabela, a visão da classe-média sobre o fenômeno da discriminação social desse grupo vulnerável, há um livro-documentário muito esclarecedor que merece ser lembrado: “Bar Bodega – Um Crime de Imprensa”, de Carlos Dorneles, Rio de Janeiro: Globo Editora, 2007.

O art. 228 prevê que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. No caso, aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que rege a matéria e impõe medidas socioeducativas (inclusive com privação de liberdade em instituições próprias nos casos mais graves) aos atos infracionais cometidos por menores. Esse dispositivo se insere no capítulo VII, “Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso”, e o art. 227, *caput*, merece destaque ao dispor que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de *colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*. (grifei)

É muito interessante notar que no extenso texto da Constituição de 1988, a única vez em que se utiliza a expressão “absoluta prioridade” é neste dispositivo. A boa hermenêutica sabe que não há na lei palavras inúteis ou supérfluas (*verba cum effectu sunt accipienda*), donde se infere que “absoluta prioridade” significa *absoluta prioridade*, ou seja, a proteção do menor está em primeiro plano em relação às outras finalidades estatais. O sentido semântico do fragmento “absoluta prioridade” revela um valor que, normativamente cristalizado, consagra um princípio jurídico que impõe uma consequência lógica: este fim do Estado assume uma primazia *prima facie* diante dos demais. Há portanto, em favor da proteção do menor, um argumento literal e preclusivo de maiores ilações.

Em termos de argumentação teleológica, o *telos* do dispositivo é explícito: proteger os menores e “colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. A imposição de fins por meio de normas constitucionais implica a escolha de meios adequados, suficientes e necessários para atingi-los, atendendo-se ao mandamento constitucional implícito de proporcionalidade dos meios em relação aos fins quando se cuida de restringir direitos fundamentais. Ora, o encarceramento de menores de dezoito anos é um meio reprovado já no critério de adequação: o aprisionamento nos presídios brasileiros, na contramão do fim constitucional, coloca os menores como alvo – e não “a salvo” – de negligência, violência, crueldade e opressão. Não bastasse, o meio colide com a orientação firmada na ADPF 347/MC (Rel. Min. Marco Aurélio), que reconhece na situação concreta do sistema penitenciário um “estado de coisas inconstitucional” e

preconiza que o encarceramento (de adultos) seja uma medida extrema – a *ultima ratio* punitiva. A propósito, afirma o relator:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Este seria o ambiente propício para o acolhimento e reabilitação de menores infratores, segundo a visão dos parlamentares que defendem a aprovação da medida. Não, porém, segundo o texto constitucional.

Por fim, o argumento sistemático será definitivo na questão. Argumenta-se que a “localização” da inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos no art. 228, e não no art. 5º (fora, portanto, do catálogo dos direitos e garantias individuais), retira-lhe o manto da imutabilidade das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Esse argumento considera a Constituição “em tiras”, contrariando a importante advertência de Eros Grau:

assim como jamais se interpreta *um texto normativo*, mas sim *o direito*, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma - até a Constituição (GRAU, 2010, p. 69).

Nesse sentido, uma interpretação íntegra requer uma leitura unitária e global da Constituição, da qual resulta a combinação do art. 228 com a finalidade prevista no art. 227 (relevando o fragmento “absoluta prioridade”), e também com o disposto no art. 5º, § 2º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros* decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”.

Não seria lógico supor que este último dispositivo não tolera a inclusão, no rol dos direitos e garantias fundamentais individuais, de uma garantia prevista no art. 228 e que se dirige a um grupo vulnerável que deve ser considerado com absoluta prioridade pelo Estado e pela sociedade. A própria jurisprudência do STF aponta para o reconhecimento da condição de cláusula pétrea a garantias que estão fora do catálogo do art. 5º, formando um importante precedente na ADI 939/DF. Neste julgado, a emenda constitucional n. 03/93 restou declarada inconstitucional por suprimir a

garantia prevista no art. 150, inc. III (anterioridade tributária)²⁰, estendendo-lhe a proteção das cláusulas pétreas. Se o STF reconhece esta extensão para a garantia do patrimônio, não haverá de decepcionar caso venha a examinar eventual emenda constitucional que suprima uma garantia envolvendo o direito de liberdade dos menores que devem ser considerados com absoluta prioridade pelo Estado brasileiro.

A probabilidade de que tais projetos, acaso aprovados, sejam levados ao STF deve-se ao registro anterior de que, no plano interno, o controle das violações a direitos compete ao Poder Judiciário. Quando a violação decorre de lei aprovada pela maioria parlamentar, o controle é feito via revisão judicial de constitucionalidade. É antigo e intenso debate sobre o papel e os limites dos tribunais na avaliação das leis emanadas do Legislativo, geralmente pontuando a questão na divisão de poderes entre o Legislativo e o Judiciário.

Esta relação constitui o objeto da seção seguinte, em que examinarei o papel das Cortes Constitucionais na contenção da tirania da maioria. Há muitas propostas de limitação da atuação das Cortes, algumas delas procurando reduzir este papel à mera verificação das etapas procedimentais de formação da vontade da maioria (procedimentalismo), de modo a assegurar os mecanismos que desenvolvem a democracia sem, contudo, se imiscuir nas escolhas substantivas para a sociedade (substancialismo) (ELY, 1998, p. 75). Porém, é neste aspecto particular (das escolhas substanciais sobre direitos) que o discurso dos direitos humanos e o reconhecimento de sua dimensão objetiva²¹ podem influenciar na tarefa desempenhada pelas Cortes, sobretudo quando se trata de defendê-los exercendo um papel contramajoritário. Passo, por isso, ao exame da atuação dos tribunais e as possíveis tensões que podem surgir em relação a sua legitimidade democrática.

4. CONTROLE PELAS CORTES CONSTITUCIONAIS

²⁰ STF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/1994, que foi unânime quanto a este ponto. Os votos divergentes foram proferidos em relação a outras disposições da EC 03/93.

²¹ Esta dimensão objetiva significa que os direitos humanos consagram valores objetivos que produzem consequências em todos os âmbitos do direito e impulsionam todos os poderes estatais (DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo, RT, 2014, p. 128/9), de modo que o discurso dos direitos humanos transcende à proteção dos cidadãos em face do Estado

Em que pesem os modos de articulação política e o discurso dos direitos humanos como fórmulas para frear a arbitrariedade da maioria, a instituição mais eficiente de proteção das minorias contra a brutalidade da maioria tem sido as Cortes Constitucionais. Todas as novas democracias (pelo menos entre as democracias ocidentais) especificaram limites ao exercício do poder democrático nos textos constitucionais, e a maior parte delas instituiu Cortes Constitucionais ou Cortes Supremas com poderes para revisar e garantir as instituições democráticas. *Pari passu*, uma teoria constitucional que explique uma constituição que institua um sistema de direitos fundamentais “não está autorizada a entregar a concretização legal desses direitos à livre administração dos processos democráticos” (MELLO, 2004, p. 147).

Observando novamente o exemplo da Comunidade Europeia, um indicador crucial para aderir aos critérios de aceitação de um país como membro é a existência de Cortes Constitucionais operantes. As Cortes assumem, como atribuição constitucionalmente deferida, a função de assegurar os limites constitucionais às decisões majoritárias. Sem alguma espécie de árbitro independente desses limites constitucionais, não há proteção das minorias ou condições legítimas de disputa política (ISSACHAROFF, 2014, p. 7170). Essa é a constatação de Martin Shapiro, para quem “sempre que a Constituição divide poderes, é sempre necessária uma Corte Constitucional para policiar esses limites” (*apud* ISSACHAROFF, 2014, p. 7170, 7191).

O controle sobre as normas emanadas do Poder Legislativo é um mecanismo indispensável porque, de fato, este é o poder estatal mais suscetível à tentação da tirania na tomada de decisões majoritárias que vigerão para toda a coletividade. No Brasil, por conta do princípio da legalidade, as atenções voltam-se ao Legislativo porque todas as deliberações relevantes que condicionam a vida dos cidadãos passam (ou deverão passar, *ex post factum*) pela pauta do Congresso Nacional. Com efeito, além de sua própria pauta legislativa, o Congresso Nacional delibera definitivamente a respeito das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República (CF, art. 62), susta atos normativos do Poder Executivo que exorbitem da delegação legislativa ou do poder regulamentar (CF, art. 49, inc. V) e conserva, finalmente, o poder constituinte derivado para alterar pontualmente a Constituição dentro de limites formais e materiais específicos (CF, art. 60). É claro que a prerrogativa de definir as normas que regem as relações sociais deixa o Legislativo em evidência e mais suscetível ao cometimento de abusos; porém, justamente por isso, a clássica elaboração da separação de poderes

vem acompanhada dos mecanismos de freios e contrapesos que conferem algum equilíbrio ao exercício do poder.

É nesta condição de freio e contrapeso que a Constituição confere a competência para que seja feito o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, em geral (controle difuso), e às Cortes Constitucionais, em particular (controle concentrado). Essas Cortes assumem, deste modo, a tarefa de deliberar definitivamente sobre a adequação formal e material do exercício do poder normativo, aferindo a legitimidade do exercício do poder a partir dos parâmetros constitucionais.

A tarefa tem se revelado bastante complexa e suscita grandes controvérsias sobre a possibilidade de um órgão que não foi eleito pela via democrática sobrepor-se, em última instância, à vontade manifestada pelos órgãos democraticamente eleitos. A controvérsia está bem sintetizada na introdução da obra de Ely:

Esta é a função central, e ao mesmo tempo o problema central da revisão judicial: um colegiado que não é eleito e nem politicamente responsável em qualquer modo significativo diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como eles gostariam (ELY, 1998, p. 4 – tradução minha).

Waldron (cuja obra, em seu conjunto, defende a decisão majoritária e critica a revisão judicial), chama isso não de “dificuldade contramajoritária”²² e sim de “dificuldade contrademocrática”, alegando que esta prática de encaminhar certas questões aos tribunais reflete a falta de confiança na elaboração das decisões democráticas: “*we don’t trust ordinary voters or their representatives on certain matters; we prefer the judges*” (WALDRON, 2014, p. 1726). Não se pode esquecer que uma de suas obras mais conhecidas – e relevantes – chama-se “A Dignidade da Legislação”, na qual ele faz uma defesa das condições do debate parlamentar e de suas deliberações.

Evidentemente, ao trabalharmos com esses conceitos, temos de ter em mente o nosso contexto e os nossos parlamentares – e neste ponto é recomendável omitir maiores comentários sobre o fato de que os nossos parlamentares ganham notoriedade não pela qualidade dos projetos de lei que aprovam, e sim pelo seu envolvimento em casos de corrupção e venda de votos²³, ou por manifestações

²² A expressão foi popularizada por Alexander Bickel, ao desenvolver o tema na obra *The least dangerous branch*. 2ª edição. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1986.

²³ Diversos problemas envolvendo práticas no mínimo controvertidas, quando não mesmo ilícitas, estão

públicas de preconceito – geralmente de natureza misógina ou homofóbica. De modo que, sim, entre nós até parece razoável a preferência pelos juízes e Geraldo Ataliba, já em 1987, apresentava uma boa justificativa para tanto. Para ele, essa mesma questão da ausência do respaldo popular do Judiciário pode ser compreendida em sentido reverso, pois o outro lado da moeda revela que as minorias não tem força política, não ditam leis e nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos, e por isso mesmo,

sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la e nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. (...) Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição e os por ela não repelidos. Com os princípios gerais do direito, que são universais. São dotados de condição objetiva de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio (ATALIBA, 1987, p. 190).

De fato, o que confere legitimidade ao Judiciário é sua vinculação à Constituição e às leis²⁴, mas nem tudo se resolve aí. Há um outro ponto de complexidade que diz respeito à linguagem normativa empregada, pois as constituições modernas se caracterizam por algum grau de indeterminação no seu texto. Além da ampla adoção de princípios jurídicos, que são normas de grande abstração e generalidade carecedoras de sucessivas interposições concretizadoras (que competem ao legislador e também aos juízes), os textos constitucionais também contêm outras expressões de pouca especificidade, tais como “devido processo legal”, “justiça social”, “função social”, “interesse social”, “privacidade”, só para ficarmos em alguns exemplos. Daí a constatação de Issarcharoff: “é improvável que as Cortes encontrem orientação satisfatória (e suficiente) dentro dos quatro cantos do texto” (2014, p. 7200).

Muito poderia ser dito sobre a atividade interpretativa da Cortes Constitucionais, porém, para não me desprender do objetivo central, que é analisar o papel das Cortes na contenção das deliberações majoritárias opressoras dos direitos das minorias, sintetizo o problema no fato de que, hoje, a concretização dos objetivos constitucionais

descritas em BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.5, número especial, 2015, p. 38 e ss.

²⁴ Ainda, pensando no caso particular do STF, deve-se reconhecer às suas decisões um respaldo democrático indireto (e a democracia indireta é um dos meios preconizados pela CF/88, art. 2. parágrafo único), pois os juízes são investidos por ato complexo do Presidente da República e dos Senadores da República, todos eles diretamente eleitos pelo povo.

nucleares passa, muitas vezes, por decisões judiciais aditivas com conteúdo normativo. Isso implica dizer que decisões judiciais têm o condão de instituir novas normas que decorrem da interpretação concretizada/atualizada da Constituição. Daí uma tensão inevitável no papel assumido pelas Cortes, pois assim como recebem suas competências a partir de um acordo constitucional, elas próprias assumem um protagonismo, ajudando a forjar a própria ordem constitucional (ISSACHAROFF, 2014, p. 7206, 7212).

Questionam-se, por isso, os limites dentro dos quais as Cortes devem agir, para evitar-se uma nova espécie de tirania –a dos juízes–, que seria a invasão das competências tradicionalmente atribuídas ao Poder Legislativo –o órgão competente e legítimo para a edição de normas. É inegável que, tanto nos casos de omissão legislativa quanto na declaração de nulidade sem redução de texto ou na interpretação conforme à Constituição, os tribunais muitas vezes exercem uma atividade que inova a ordem jurídica – no afã de prestar a jurisdição e zelar pela supremacia constitucional (ÁVILA, 2015, p. 599). No campo dos direitos fundamentais sociais a questão é ainda mais delicada, pois o Judiciário assumiu um protagonismo na efetivação desses direitos, desempenhando papéis que nem sempre lhe incumbem (ÁVILA e WIERZCHOWSKI, 2013, p. 203-4).

Se, por vezes, este tipo de inovação dá-se de forma abusiva²⁵, é certo que, em muitos casos, as Cortes agem para conter o “despotismo das regras” (SARTORI, 1993, p. 89) ou arbitrariedades nas decisões majoritárias que oprimem as minorias, sobretudo quando estão em jogo a igualdade ou outros direitos fundamentais de grupos minoritários ou vulneráveis. Isso se faz em defesa da Constituição²⁶.

Alguns exemplos práticos ilustram bem essa situação. Caso particularmente interessante é o da *Proposition 8*, pois envolveu a participação popular direta no Estado da Califórnia/Estados Unidos. Lá, restou aprovada uma proposta de iniciativa popular em emenda constitucional que limitava o direito de celebrar casamento aos casais heterossexuais, com os seguintes efeitos colaterais: casais homossexuais ficavam impedidos de contrair casamento naquele Estado, ou, se casados em outro

²⁵ Há diversos exemplos envolvendo decisões do Supremo Tribunal Federal na tese de SILVA, Elival dos Santos: *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁶

Estado, estavam impedidos de ter os seus direitos e uniões reconhecidos na Califórnia.

O tema era objeto de acesa discussão desde o ano de 2003, quando a Assembleia Legislativa da Califórnia regularizara a união civil para os casais de mesmo sexo, concedendo-lhes praticamente todos os direitos e responsabilidades concedidos aos casais heterossexuais. Já em 2005, a Assembleia Legislativa tentou novamente avançar em relação ao tema e legalizou o casamento igualitário. No entanto, esta e uma outra lei aprovada em 2007 pelo Legislativo local receberam vetos do Governador. Na tentativa de encerrar a discussão, em 2008 uma proposta de iniciativa popular, a *Proposition 8*, foi aprovada por 52,24% dos votos e simplesmente baniu a possibilidade de casamento entre homossexuais, contrariando os provimentos legislativos precedentes e originados de um parlamento local democraticamente eleito (COTNER e WHITE [diretores], 2014, documentário biográfico). O dado que mais chama atenção no caso é que os representantes eleitos pelo povo para a legislatura aprovavam a equalização do direito ao casamento, mas a maioria da população votante, não.

Por uma diferença de 2,24% dos votos, a maioria decidiu por suprimir um direito civil das pessoas envolvidas em relações homossexuais, afetando frontalmente o direito à igualdade entre os cidadãos. É inevitável lembrar aqui a observação do editor a propósito de Jon Elster, na apresentação de *Ulisses Unbound*: “*his view is now that in politics people mainly want to bind others, not themselves*” (ELSTER, 2000, p. 1). Ou seja: a maioria heterossexual não abre mão da faculdade do casamento, mas nega a mesma faculdade à minoria homossexual.

A brutalidade ficou bem visível neste episódio e levou dois casais homossexuais a buscarem remédio judicial para a desigualdade imposta pela emenda constitucional aprovada pela *Proposition 8*. Em revisão judicial, a decisão do juiz distrital considerou que a alteração constitucional resultante da *Proposition 8* não respeitava o princípio da igualdade (*equal protection doctrine*) e era, portanto, inconstitucional. Segundo a decisão, a distinção entre casais de mesmo sexo e casais de sexo oposto é indevida, pois não havia um interesse primordial do Estado que justificasse tal medida. Além disso, a alteração pretendida violava o dever de igualdade por não conceder aos homossexuais um tratamento de acordo com a dignidade humana, já que os colocava como cidadãos de segunda classe, que poderiam, por exemplo, constituir uma união

estável, mas não um casamento²⁷. A decisão majoritária resultante da iniciativa popular violava, em síntese, um direito fundamental e básico do indivíduo.

Nada obstante, os setores mais conservadores da sociedade que defendiam a *Proposition 8* recorreram e foram, por meio de sucessivos recursos, até a Suprema Corte dos EUA, onde, por 5x4, a opinião majoritária referiu expressamente que, ao retirar dos casais homossexuais o direito de casar, a *Proposition 8* transformou em ordem pública (em norma), uma desaprovação privada, e que isso violava o dever de igualdade, já que *inexistia uma razão legítima para retirar esse direito de um grupo de pessoas e não de outro*.²⁸ O ponto central da discussão na Suprema Corte Federal foi, na verdade, em relação à legitimidade dos defensores da *Proposition 8* (para litigar como representantes do interesse do Estado), pois lhes faltava o interesse de agir. A opinião da Suprema Corte menciona, nesse sentido, que Perry e outros eram titulares de um direito próprio e tangível, e que haviam sofrido uma lesão concreta (já que lhes fora retirado o direito de casar), enquanto que do outro lado litigavam os patrocinadores da *Proposition 8*, *que não eram pessoalmente titulares de qualquer direito violado*. Assim, apenas podem acessar a Suprema Corte aqueles que têm direitos pessoais e concretos violados, ou que tenham legitimidade como representantes de determinada coletividade.²⁹

Como já dito, esta decisão da Suprema Corte foi tomada pela apertada maioria de 5x4. Porque a maioria (apertada) de um tribunal vale mais que a maioria do povo da Califórnia? Um voto no sentido contrário poderia ter revertido a decisão. Segundo a opinião minoritária (*dissent*) no julgamento, historicamente a implantação da democracia direta se justifica exatamente pela necessidade de dar ao povo capacidade

²⁷ PERRY V. SCHWARZENEGGER. 704 F.Supp.2d 921 (N.D.Cal. 2010). Disponível em: <https://socialchangenyu.files.wordpress.com/2012/09/perry-v-schwarzenegger_ndca_2010.pdf>. Acesso em 24.05.2015. p. 991 *et seq.*

²⁸ HOLLINGSWORTH V. PERRY. 570 U.S. ____ (2013). Syllabus, Opinion of the Court, and dissenting opinion. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-144/>>. Acesso em: 18.04.2015. Opinion of the Court, p. 05-7.

²⁹ A Corte deixou de examinar o mérito por entender faltar às entidades que atuam em defesa do banimento do casamento gay o interesse de agir, bem como a ausência de prejuízo aos demandantes: *For there to be such a case or controversy, it is not enough that the party invoking the power of the court have a keen interest in the issue. That party must also have "standing," which requires, among other things, that it have suffered a concrete and particularized injury. Because we find that petitioners do not have standing, we have no authority to decide this case on the merits, and neither did the Ninth Circuit.* HOLLINGSWORTH V. PERRY. 570 U.S. (2013). Syllabus, Opinion of the Court, and dissenting opinion. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-144/>>. Acesso em: 18.04.2015. Opinion of the Court, p. 05-7.

de propor e adotar medidas que os poderes eleitos se recusam a implementar. E a decisão majoritária da Corte desconsidera um processo democrático específico da Califórnia. Para o voto dissidente, o tribunal, por decisão majoritária, deixou de lado uma premissa básica da democracia, de que o povo é soberano e que é o seu poder que emana para o governo.³⁰

O argumento, longe de ser singelo, traz à tona uma das principais objeções ao papel das Cortes Constitucionais, concernente à sua legitimação democrática para suplantarem decisões oriundas do povo ou de seus representantes. Rios de tinta já foram gastos para objetar o *judicial review* sob o argumento de que as decisões fundamentais de uma sociedade cabem aos representantes do povo, e não a magistrados sem o respaldo da escolha popular. Entretanto, o advento da *Proposition 8* escancara a arbitrariedade da vontade da maioria em negar à minoria a igual proteção da lei – uma premissa básica das democracias legítimas – e demonstra cabalmente a necessidade de uma autoridade legitimada a conter este tipo de abuso.

Ronald Dworkin, a propósito, esclarece:

Democracia significa governo sujeito a condições – chamemos isso de condições ‘democráticas’ – de igual status para todo cidadão. Quando instituições majoritárias fornecem e respeitam as instituições democráticas, os veredictos dessas instituições devem ser, por esse motivo, aceitos por todos. Mas quando não as respeitam, ou quando suas decisões ou deferências são defeituosas, não se pode objetar, em nome da democracia, outros procedimentos que protejam e respeitem melhor as condições democráticas. (...) Se alguma lei determinasse que apenas membros de uma determinada raça fossem elegíveis para cargos públicos, não haveria qualquer custo moral – qualquer razão – para arrendimento moral, mesmo – se uma Corte desfrutasse do poder decorrente de uma constituição válida, para derrubá-la declarando-a inconstitucional. Esta seria a ocasião em que, possivelmente, a premissa majoritária foi desrespeitada, porém isso seria uma causa de pesar apenas segundo a concepção majoritária de democracia, mas não segundo a concepção constitucional.³¹ (tradução minha)

³⁰ HOLLINGSWORTH V. PERRY. 570 U.S. (2013). Syllabus, Opinion of the Court, and dissenting opinion. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-144/>>. Acesso em: 18.04.2015. Dissenting opinion, p. 06-8.

³¹ DWORKIN, Ronald. Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996. 17/18: Democracy means government subject to conditions – we might call these the ‘democratic’ conditions – of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provisions or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better. (...) If some law provided that only members of one race were eligible for public office, then there would be no moral cost – no matter for moral regret at all – if a court that enjoyed the power to do so under a valid constitution struck down that law as unconstitutional. That would presumably be one occasion on which the majoritarian premise was flouted, but though this is a matter of regret according to the

Este cenário apresenta, de um lado, uma linguagem normativa aberta que enseja a participação dos intérpretes autênticos na conformação da ordem constitucional e, de outro, a necessidade de constante legitimação democrática às decisões. Diante desses termos, as Cortes se movimentam entre as doutrinas da “autocontenção” (*self-restraint*) e do “ativismo judicial” em diversos graus, que vão desde a arbitrariedade judicial que pode levar ao “governo dos juízes” (HIRSCHL, 2004), ao “ativismo moderado” (MELLO, 2004) e até interpretações criativas e inovadoras meramente corretivas do curso constitucional (AVILA, 2014), sobretudo quando se lida com a matéria da igualdade – que, frise-se, é premissa fundamental dos estados democráticos.

Nesse sentido, Ricardo Guastini registra que a exigência de igualdade permite ao intérprete da Constituição criar uma grande quantidade de normas igualadoras e diferenciadoras, seja porque o legislador regulou apenas uma categoria de casos, omitindo-se quanto aos demais, seja porque regulou a todos genericamente, quando deveria ter feito distinções necessárias (GUASTINI, 2010, p. 29). Este registro faz lembrar a já mencionada ADPF 132 de 2011, na qual o Supremo Tribunal Federal também se ocupou das uniões homoafetivas, determinando o seu reconhecimento civil com plena equiparação às uniões entre homem e mulher, em face da CF/88. Neste caso o tribunal foi chamado a definir uma questão de desigualdade causada não pelo exercício de deliberação legislativa, e sim pela falta de deliberação normativa (omissão) a respeito da união entre pessoas do mesmo sexo. A tirania, bem se vê, não se exerce apenas por via de ação, mas também de omissão dos órgãos deliberativos e sobretudo por quem detém o poder de agenda no Poder Legislativo.

Por conta da decisão *unânime* na ADPF 132, o STF foi alvo de muitas críticas e acusado de ter reelaborado a Constituição no lugar da autoridade competente a tanto, que é o poder constituinte derivado (cf. por todos, MARTINS, 2011). Esclarecendo brevemente o debate: em nível constitucional (CF, art. 226, § 3º) e infra (CC, art. 1.723), existe apenas a determinação de que o Estado reconheça a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar. Esse tipo de reconhecimento permite às partes não apenas a formalização de uma relação de afeto, mas também o poder de

majoritarian conception of democracy, it is not according to the constitutional conception.

disposição acerca de diversos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais concernentes à união civil, sem falar, mais tarde, em questões sucessórias e benefícios previdenciários aplicáveis às relações estáveis, de convívio duradouro em entidade familiar. O não-reconhecimento pelo Estado da união homoafetiva impede aos participantes dessa relação o poder de deliberação e disposição em face de todas essas questões.

O STF, forte no princípio da igualdade e na vedação da discriminação em razão de sexo (art. 3º), reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. A questão de fundo, como facilmente se percebe, é a proteção das minorias, para que sejam assegurados aos homossexuais os direitos à manifestação da autonomia da vontade e à autorregulação dos próprios interesses, direitos que são indissociáveis da personalidade do indivíduo. Reconheceu-se a proteção das minorias em face da lacuna normativa e que “a omissão da Corte poderia representar um agravamento no quadro de desproteção das minorias, as quais estariam tendo os seus direitos lesionados”³².

O voto do Relator, Min. Ayres Britto, em importante passagem, assevera que

a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional.³³

Quanto à técnica argumentativa, o voto do Min. Gilmar Mendes considerou haver, na espécie, uma situação de lacuna normativa a ser superada pelo mecanismo da integração analógica, “decorrente da similitude factual entre a união estável e a homoafetiva”. Muitos outros argumentos poderiam ser aduzidos para demonstrar a adequação institucional desta decisão, e isso já foi feito em alguns trabalhos sobre esse julgado³⁴. A decisão do STF na ADPF 132 e a decisão da Suprema Corte Norte-

³² Voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto. STF, Pleno j. 05/05/2011

³³ ADPF 187. STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julgada em 15/06/2011. Nesta passagem específica do voto, outros relevantes precedentes de relatoria do Ministro Celso de Mello são citados: MS 24.831/DF, MS 24.849/DF, e MS 26.441/DF.

³⁴ Conferir, por todos, magistral estudo de RIOS, Roger Raupp. *As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação*. In *civilistica.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil, Ano 2, n. 2, 2013, pp. 1 a 21. Ainda, em defesa do caráter dogmático desta polêmica decisão (e também da ADPF

Americana sobre a *Proposition 8* são referenciais na demonstração do papel das Cortes Constitucionais na contenção da tirania das decisões majoritárias e servem à reflexão do papel que o STF terá a desempenhar caso vinguem as propostas legislativas que analisamos na seção anterior.

5. CONCLUSÕES

Como dito na introdução deste estudo, foi aprovado na Câmara dos Deputados o Estatuto da Família, que reduz o status familiar para as uniões formadas “entre um homem e uma mulher”. Igualmente, naquela Casa foi aprovada, em dois turnos de discussão e votação, a PEC que reduz a maioria penal de 18 para 16 anos de idade. Ambos os projetos seguem para discussão no Senado e a iminência de possível aprovação exige reflexões sobre o conteúdo dessas deliberações que envolvem direitos de grupos minoritários e vulneráveis. As reflexões aqui exercidas procuraram estudar os conceitos de tirania e brutalidade da maioria para estabelecer se, de algum modo, seus traços estão presentes na condução dos projetos em questão.

Vimos que as decisões majoritárias não são tirânicas de *per se*. Nem sempre que a minoria é vencida haverá alguma forma de tirania. Enquanto procedimento, o método de decisão majoritária é aceitável por diversos ângulos e dele decorre a prerrogativa de a maioria impor sua vontade (decisão) para toda a sociedade. Esse atributo que ELSTER chama de “*winner-takes-all feature*” e, por isso, considera um aspecto “brutal” das decisões majoritárias, não deve ser considerado como tal quando as deliberações, ainda que por maioria escassa, conseguem apresentar um critério substancial de justiça e de preservação do núcleo essencial da dignidade e dos direitos fundamentais do indivíduo. A tirania se expressa é na ausência de limites à maioria ou na decisão majoritária que suprime direitos fundamentais dos indivíduos – notadamente, o direito à igualdade entre os homens, que é a mesma premissa que justifica a preponderância da maioria – *one man, one vote*.

54 - reconhecendo às mulheres o direito ao abortamento de fetos anencéfalos), cf. AVILA, Ana Paula Oliveira. *Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais das Minorias pelo STF*. In Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 20, n.2, mai-ago 2015 (pp. 595 a 627);

A propósito da igualdade e da garantia dos direitos fundamentais, observei que o discurso dos direitos humanos, se levado à sério, compele os Estados a adotarem medidas protetivas da dignidade do indivíduo, cabendo-lhes evitar e punir discriminações não autorizadas, e a efetivarem as garantias que as Constituições traduzem em direitos fundamentais no plano interno. Ao proporem a defesa de um núcleo essencial e intangível dos direitos (trunfos), o reconhecimento dos direitos humanos constrange a tirania da maioria, de modo a reduzir a liberdade de conformação do legislador quanto ao conteúdo, à eficácia e à extensão dos direitos fundamentais.

Com base nesses elementos, foram fixados dois aspectos a serem considerados na análise dos projetos legislativos em curso: a supressão de direitos fundamentais da minoria, com inflexões ao princípio da igualdade; e o ajuste dos Estados ao dever de proteção efetiva dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais e nos textos constitucionais. Com base nesses parâmetros, foi possível demonstrar que ambos os projetos são defectíveis.

O Estatuto da Família exclui dos homossexuais o direito à formação de uma família, algo indissociável do direito ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e que integra sua esfera de autonomia individual. Parece inegável sua natureza de direito fundamental associado à dignidade, à liberdade e ao desenvolvimento da personalidade. Nada obstante, o projeto recusa aos homossexuais o reconhecimento de tal direito. Afora isso, diverge das orientações mais recentes no plano internacional, no sentido de que direitos não podem ser negados aos indivíduos em razão de sua orientação sexual – lembrando ainda o fato de que o Brasil foi um dos proponentes da Resolução do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que afirma expressamente que os direitos LGBTI são direitos humanos.

Já a PEC da maioria penal, no plano moral, poderá ultrapassar as fronteiras da tirania e da brutalidade da maioria para inaugurar um novo conceito: o da *crueldade da maioria*. A medida visa ao encarceramento de adolescentes entre 16 e 18 anos de idade nos presídios e, a julgar pelas medidas sócio-educativas atualmente em execução, atingirá quase que exclusivamente a população jovem pobre e negra. Trata-se, justamente, de grupo ao qual o Estado sonega as mínimas condições de desenvolvimento nos termos previstos pela Constituição, por conta de graves falhas

nas políticas públicas que deveriam promover a educação, a saúde, a segurança física e a futura empregabilidade de crianças e jovens em situação de vulnerabilidade. O próprio STF reconheceu na ADPF 347/MC a situação calamitosa dos presídios brasileiros onde, diariamente, graves violações a direitos humanos são perpetradas em face de pessoas adultas. Recomenda a Corte que mesmo os adultos sejam encaminhados aos presídios somente em situações extremas. Como, então, compatibilizar esta situação fática com o dever de o Estado brasileiro, com absoluta prioridade, colocar os menores “a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”? A eventual aprovação desta PEC representará um retrocesso no dever de proteção efetiva aos menores, além da violação frontal à literalidade do disposto no *caput* do art. 227 da Constituição.

Com todo o exposto, esperava-se lançar algumas luzes sobre esses debates que estão no centro de atenção da agenda nacional. A democracia envolve, de fato, o sistema de decisão majoritária, mas nem toda decisão da maioria deve se impor apenas por ser a vontade do maior número. A prática da democracia não pode ser um exercício de tirania ou brutalidade contra a minoria. O que determina o grau de tirania é o respeito aos limites formais e materiais que o desenho institucional e os direitos humanos/fundamentais forçam reconhecer às deliberações majoritárias. Sem isso, o que se tem é o retorno à lei do mais forte, empregando-se a força numérica no lugar da força bruta.

No quadro em que os limites são ultrapassados, as atenções voltam-se ao Poder Judiciário, órgão competente pela salvaguarda da Constituição e pela sua fiscalização. Se o veredito da maioria do STF se sobrepõe à deliberação da maioria dos parlamentares que representam o povo, é um resultado que sempre estará aberto à discussão e crítica. O fenômeno, para além de refletir uma desconfiança, muitas vezes justa, nos mandatários do povo (quicá esta seja uma característica mais acentuada em países subdesenvolvidos como o nosso), deve-se ao fato de que, ao fim e ao cabo, na democracia constitucional (como o próprio nome sugere), a democracia deve ser exercida dentro das balizas da Constituição, e esta, ao definir uma autoridade responsável por garantir a supremacia dos seus preceitos, preferiu ao Poder Judiciário.

Diante deste contexto, numa caracterização performativa do dissenso que, segundo Jeremy Waldron, é mesmo *natural* à sociedade contemporânea, concluo dissentindo (*naturalmente*, portanto) de sua enorme confiança no Parlamento ao

manifestar minha preferência pelos juízes nessas questões que envolvem o Legislativo brasileiro. Mas essa preferência é, contudo, condicional, na expectativa de que o Supremo Tribunal Federal desempenhe sua tarefa de controle com legitimidade, sem se afastar dos parâmetros constitucionais e sem a fútil pretensão de suplantar as funções cometidas aos demais Poderes da República que sejam exercidas em condições de normalidade. Tal ressalva, porém, já é um assunto para outras reflexões.

REFERÊNCIAS

- AVILA, Ana Paula Oliveira. *Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais das Minorias pelo STF*. In Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 20, n.2, mai-ago 2015.
- AVILA, Ana Paula Oliveira; WIERZCHOWSKI, Mariana. “Fair Play” Judicial na efetivação dos direitos sociais: da crítica ao ativismo judicial concretista à defesa do controle material das leis orçamentárias pelo Poder Judiciário. In Revista Direitos Fundamentais & Justiça, Ano 7, n. 23, Abr/Jun 2013.
- AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 16ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2015.
- ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e Minorias*. In Revista de Informação Legislativa, ano 24, n. 96, out/dez 1987.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, número especial, 2015
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COTNER, Ben; WHITE, Ryan (Diretores). *THE CASE Against 8*. HBO Documentary Films. 2014. Documentário Biográfico. 109 min.
- DAHL, Robert; SHAPIRO, Ian; CHEIBUB, José Antonio. *The Democracy Sourcebook*. Cambridge: MIT Press, 2003. (Kindle Edition)
- DORNELES, Carlos. *Bar Bodega – Um Crime de Imprensa*. Rio de Janeiro: Globo Editora, 2007.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo, RT, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELSTER, Jon. *Tyranny and brutality of the majority*. In Elster, Jon (org.) *Majority Decisions: principles and practices*. New York: Cambridge University Press, 2014. Kindle Edition.
- ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- FONSECA, João José Saraiva da. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002.

- Apostila. Capturado em https://books.google.com.br/books/about/Apostila_de_metodologia_da_pesquisa_cien.html?hl=pt-BR&id=oB5x2SChpSEC
- GRAU, Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 14° ed. 2010.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Minima Trotta, 2010.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. In DAHL, Robert; SHAPIRO, Ian; CHEIBUB, José Antonio. *The Democracy Sourcebook*. Cambridge: MIT Press, 2003. (Kindle Edition), pp. 18 a 24.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press. 2004.
- ISSACHAROFF, Samuel. *The majoritarian threat do democracy – Constitutional Courts and the democratic pact*. In Elster Jon (org.) In Majority Decisions: principles and practices. New York: Cambridge University Press, 2014. Kindle Edition.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. em <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral/juristas-e-igreja-contestam-a-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,715497> , publicada em 05.05.2011, capturada em 13.06.2014.
- MELLO. Cláudio Ari, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- PAES, Alberto de Moraes Papaléo. *Democracia, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais – o novo centro de concentração do poder político*. In Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 17, n. 17 (pp. 68-90), 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIOVESAN, Flávia, SILVA, Sandro Gorski. Diversidade Sexual e Contexto Global: Desafios à Plena Implementação dos Direitos Humanos LGBTI. In Revista Quaestio Juris, Vol 08, n. 04, Número Especial. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/20949/15342>
- RAMOS. André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Rio de Janeiro: Ática, 2000.
- RIOS, Roger Raupp. *As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação*. In civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil, Ano 2, n. 2, 2013.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México, Ed. Nacional, 1981, p. 205.
- SARTORI, Giovanni. *Que es la Democracia?* (Trad. Miguél Ángel Gonzáles Rodríguez). México: Editorial Pátria, 1993.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, Junho 1997.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Kindle Edition; ELSTER, Jon. *Tyranny and brutality of the majority*. In Elster, Jon (org.) Majority Decisions: principles and practices. New York: Cambridge University Press, 2014. Kindle Edition.
- WALDRON, Jeremy. *Five to Four: Why do bare majorities rule on Courts?* In Yale Law Journal n. 123:1692 (2013-2014). HeinOnline.

Recebido em 08/03/2016
Aprovado em 16/08/2016
Received in 08/03/2016
Approved in 16/08/2016