

SOCIEDADES IGUALITÁRIAS E RELAÇÕES HOMOAFETIVAS. O PODER JUDICIÁRIO COMO EQUALIZADOR DAS MINORIAS ESTIGMATIZADAS?*

Luis Cláudio Martins de Araújo**

Renato Bezerra Herculano***

Resumo: Este trabalho pretende apresentar uma breve evolução do constitucionalismo, buscando situar o fenômeno da expansão judicial e da atuação do Poder Judiciário como garantidor dos direitos das relações homoafetivas. O conceito atual de jurisdição constitucional foi consolidado no cenário norte-americano do século XVIII, diante das disputas institucionais, em que foi estabelecido a Supremacia Constitucional, e, em seguida, a Supremacia Judicial, ganhou força, em nível global com o fim da Segunda Guerra Mundial. Neste sentido, o trabalho destaca a necessidade dos magistrados atuarem como poder garantidor de direitos fundamentais às relações homoafetivas, visando que esses grupos sejam efetivamente incluídos e protegidos na sociedade

* Publicado anteriormente na Revista Jurídica Científica do Centro de Ciências Jurídicas da FURB - Universidade Regional de Blumenau, vol 22/47 (2018).

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Oxford e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com período sanduíche na Universidade de Cambridge. Mestre em Direito pela UFRJ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor Titular IV da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Membro da Advocacia-Geral da União (AGU) de categoria especial. Diretor-Regional substituto da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU).

*** Indigenista Especializado da Funai (Fundação Nacional do Índio). Ex-Empregado Público da Empresa Pública de Saúde do Rio de Janeiro S/A (RIOSAUDE). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro (OAB). Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), com intercâmbio na *Universidad de los Andes* como aluno bolsista do Programa Santander.

brasileira.

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Supremacia Judicial. União homoafetiva.

EGALITARIAN SOCIETIES AND SAME-SEX UNIONS. IS THE JUDICIARY BENCH THE MINORITIES STIGMATIZED EQUALIZER?

Abstract: This work intends to discuss the evolution of constitutionalism, seeking to place the judicial expansion and the Judiciary bench as the same-sex unions protector. The current concept of judicial review has been consolidated into the American scene of the eighteenth century, in face of institutional disputes established by the Constitutional Supremacy. Then, the Judicial Supremacy was expanded globally with the end of Second World War. Thus, this article highlights the need of judges to act as a supporter of fundamental rights of minorities, with emphasis to same-sex unions, seeking that, these groups are efficiently included and protected in Brazilian society.

Keywords: Constitutionalism. Judicial supremacy. Same-sex union.

Sumário: 1. O contexto histórico da supremacia judicial; 2. Sociedades igualitárias e relações homoafetivas. O Poder Judiciário como equalizador das minorias estigmatizadas; 3. Conclusão.

INTRODUÇÃO



constitucionalismo passou por um longo processo evolutivo, principalmente após as revoluções liberais. A ânsia popular em participar dos processos decisórios e a

aspiração a direitos, fizeram com que houvesse revoluções marcantes na história mundial¹. Nesse cenário evolutivo, a história constitucional norte-americana ganha destaque à medida que, desde a sua fundação, o debate acerca das repercussões do modelo de supremacia judicial está em voga², como no julgamento do famoso caso *Marbury v. Madison*³. Da mesma forma, a supremacia judicial se respalda na autoproclamação das cortes como o último intérprete legítimo da Carta Maior, como se observa no julgamento do caso *City of Boerne v. Flores*⁴ pela

¹ NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho. 2012. Editora Fórum, p. 74.

² *Ibidem*, p.76.

³ Trata-se do principal marco para o controle de constitucionalidade e afirmação da Supremacia Constitucional norte-americano. O caso foi proposto por um dos Juízes de “meia noite”, William Marbury, nomeado e não empossado, durante os últimos dias do mandato do então Presidente John Adams que tentou aparelhar o Judiciário politicamente. Marbury pleiteou à investidura ao novo secretário de Estado, James Madison, que recusou-se a entregar o ato de investidura. In: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. 2012. Ed. Lumen Juris. pp 29-38.

⁴ Trata-se de um julgado em que o objeto foi a edição o *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, fruto de uma coalizão sem precedentes, dos mais diversos setores da sociedade norte-americana, que visava garantir a liberdade religiosa com o fim de superar decisão da Corte no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, em que Smith teve o seu benefício de desemprego negado, por praticar cultos com plantas alucinógenas, peiotes, atitude *contra legem*.

“Decisão que negou a possibilidade do legislador ordinário reverter a interpretação da Suprema Corte norte-americana. as Cortes entenderam que a edição de lei contrária à sua interpretação constitucional violaria a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito, pois, a admitir-se lei deste teor, o Legislativo poderia definir o sentido das normas constitucionais que lhes deveriam servir de limite.” (...).

“Entretanto, desde *City of Boerne v. Flores* a Suprema Corte dos EUA vem se utilizando da doutrina da supremacia judicial para negar ao Congresso Nacional o poder de conferir aos cidadãos direitos não reconhecidos pela jurisprudência da Corte, sob o argumento de que o poder de concretizar os direitos civis não se confunde com o poder de criá-los”. (...)

“o caso *City of Boerne v. Flores* constitui o precedente por excelência da supremacia judicial nos Estados Unidos, na medida em que a Suprema Corte afirmou que lei federal destinada a reverter a sua interpretação constitucional violaria a supremacia da Constituição e o Estado de Direito. Por tal razão, o debate em Flores enfatizou a separação de poderes em detrimento do conteúdo da liberdade religiosa”. (...). Cf. BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. 2012.

Suprema Corte americana. Neste sentido, cabe destacar a necessária construção de argumentos que permitam justificar um modelo capaz de possibilitar a busca por soluções em assuntos de alta complexidade, em sociedades cada vez mais plurais e globalizadas, permitindo uma leitura compreensível da realidade, no que tange ao comportamento normativo e deliberativo da jurisdição constitucional. Desta forma, a ideia será trabalhar o debate jurisdicional, para a garantia de direitos fundamentais aos grupos homoafetivos em um contexto de crise democrática de legitimidade Parlamentar e da complexidade social, buscando alcançar os interesses e valores da coletividade.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO DA SUPREMACIA JUDICIAL.

Ao se enfrentar o debate recente da jurisdição constitucional⁵, se observa claramente que, principalmente no sistema jurídico europeu, a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às Constituições a mera função de definir a estrutura de governo e organização de poder, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo do *judicial review*⁶.

Tal concepção essencialmente eurocêntrica, contudo, vem a sofrer uma mudança radical a partir do século XIX, com a introdução pelos Estados Unidos da América da ideia que as

Ed. Lumen Juris. pp. 12-13 e 21-24.

⁵ Utilizaremos para os fins da presente dissertação as expressões jurisdição constitucional, *judicial review*, revisão judicial e controle de constitucionalidade como sinônimos.

⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 39.

decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, podem ser submetidas à jurisdição constitucional⁷, iniciado com o julgamento de *Marbury v. Madison* em 1803 pela Suprema Corte norte-americana.

Na verdade, o cenário norte-americano do século XIX presenciava fortes embates entre federalistas e antifederalistas, especialmente com a mudança presidencial que se aproximava com a derrota do federalista John Adams, pelo Republicano Thomas Jefferson^{8,9}, bem como da independência judicial, protegida pelo art. 3º da Constituição americana de 1787¹⁰, e as concepções divergentes entre os adeptos da Supremacia Judicial e da Supremacia do Parlamento¹¹.

Neste sentido, a incompatibilidade ideológica da medida

⁷ É bem verdade que, é possível encontrar em instituições pré-modernas, antepassados da jurisdição constitucional. Na Grécia, era possível invalidar decretos de agentes designados pelas assembleias para conduzirem a administração. O procedimento dessa invalidação era chamado de *graphe paranomon*, e ocorria quando os agentes designados estabeleciam decretos que violavam as regras superiores elaboradas pelas assembleias. Talvez, este tenha sido o antecedente mais antigo da jurisdição constitucional. Na Inglaterra do século XVII pré-parlamentarista, se desenvolveu o início da jurisdição através da *common law*, como no *Bonham case* de 1610, em que uma lei que dava à corporação de ofício dos médicos a possibilidade de impor multas, julgá-las e ficar com a receita da multa caso correta sua aplicação, foi considerada violadora da *common law*, tendo em vista a imparcialidade no julgamento das multas, já que a instituição que julgava era beneficiada por um dos resultados.

⁸ O então presidente federalista *John Adams* decidiu apelar politicamente o Judiciário do Estado recém-independente. Assim, a crise institucional teve como estopim a reforma do Judiciário (*Judiciary Act – janeiro de 1801*), mais conhecida como a nomeação dos juizes da meia-noite. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 2013, pp. 44-48.

⁹ Na euforia dos últimos dias dos Federalistas no poder, alguns recém-empossados não tiveram tempo de receber o diploma de posse. Uma dessas pessoas foi o *juiz de paz William Marbury*. Ao exigir de *James Madison*, novo responsável pela diplomacia, o envio do respectivo documento, *Marbury* teve seu pedido negado, ingressando, com uma ação contra o Secretário de Estado, a fim de obrigá-lo a conceder o diploma. BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 35. pp. 29-40.

¹⁰ O artigo III da Constituição norte-americana afirma que o "poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte, e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer."

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p.44.

adotada por seu antecessor, o federalista John Adams, fez com que em março de 1802, Thomas Jefferson revogasse o *Judicial Act*, extinguindo os *circuits judges* e retirasse os respectivos juízes de seus cargos, criando um ambiente perfeito para a discussão da constitucionalidade da revogação, como um dos acontecimentos necessários para a organização e evolução institucionais do Judiciário¹².

É bem verdade que não foi o caso *Marbury*, unicamente, que determinou o aspecto institucional de quem merecia ter a última palavra de interpretação da Constituição, na medida em que esse fenômeno tem que ser analisado em paralelo com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil (com destaque à Décima Quarta Emenda), o *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e o *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais^{13,14}.

De toda sorte, da mesma forma, ao longo do século XX, passa também a Suprema Corte norte-americana, a iniciar o debate moderno sobre a questão da Supremacia do Poder Judiciário^{15,16}, como se observa em *Cooper v. Aaron* de 1958 e em *City*

¹² BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 35.

¹³ GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton University Press, 1999.

¹⁴ Na verdade, antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições de leis estaduais e locais. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais, aumentou consideravelmente, e a invalidação de leis federais tornou-se comum.

¹⁵ Para uma análise mais desenvolvida sobre quatro possíveis modelos de supremacia judicial, Cf. GRIFFIN, 1999.

¹⁶ Segundo Brandão, 2012, a ideia de supremacia judicial se não se confunde com a concepção de monopólio judicial. O monopólio judicial afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário. Já a supremacia judicial, admite que outros Poderes interpretem a Constituição, ressaltando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras, o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional, enquanto a supremacia judicial admite que o Poder Legislativo tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Poder Judiciário a última. Ainda segundo Rodrigo

of Borne v. Flores de 1997 ao se afirmar que o Judiciário federal é supremo na exposição da Constituição^{17/18}.

Brandão, cumpre distinguir a acepção formal ou material que a supremacia judicial pode assumir. Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de os atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar a interpretação judicial.

¹⁷ No caso, se discutia a constitucionalidade da decisão de *Little Rock*, no Arkansas, de suspender por dois anos e meio um programa de extinção da segregação racial, diante dos tumultos gerados após a tentativa de a primeira criança afro-americana entrar em aulas. Na ocasião, a Suprema Corte afirmou que os direitos constitucionais do réu não poderiam ser sacrificados pela violência e desordem que se seguiu às ações do governo estadual e do legislador, e, assim, desproveu o recurso da escola. É interessante notar, que a decisão tomada em *Cooper v. Aaron* é de 1958, e, portanto, posterior à decisão da Suprema Corte norte-americana em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954. Em *Brown* - que *overturned Plessy v. Ferguson* de 1896 - a Suprema Corte deu à décima quarta emenda, interpretação no sentido de que leis estaduais que estabelecessem a segregação entre brancos e negros nas escolas públicas, seriam inconstitucionais. Assim, quanto ao argumento levantado em *Cooper v. Aaron*, de que o governo estadual não estaria vinculado à decisão proferida em *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte norte-americana afirmou que desde *Marbury v. Madison*, em 1803, se declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição da Constituição, e que tal princípio desde então tem sido respeitado pelas cortes e pelo país, como uma característica permanente e indispensável do sistema constitucional, e, portanto, a decisão em *Brown* é a lei suprema do país e a decisão vinculante para os estados.

¹⁸ No caso *City of Borne v. Flores*, se apreciou a validade de lei que visava afastar o precedente fixado em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* de 1990. Em *Smith*, a Suprema Corte reformara decisão da Justiça do Estado de Oregon, que concedera benefícios de desemprego a funcionários que foram demitidos por usarem peiote em cerimônias religiosas, sob o argumento de que a lei vedava o uso dessa substância. Na ocasião foi acolhido, por maioria, o voto do conservador *Justice Scalia*, cujo argumento principal era de que a liberdade religiosa não exonera os indivíduos do cumprimento de normas contidas em leis gerais e neutras, sob pena de condicionar-se a obrigatoriedade de leis gerais à sua conformidade com as convicções religiosas dos seus destinatários, o que conduziria à verdadeira anarquia, especialmente em uma nação plural como os Estados Unidos. Como consequência, foi aprovado o *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, lei federal que expressamente reverteu a decisão proferida pela Suprema Corte em *Smith*. Essa seguida em *City of Boerne v. Flores* a Suprema Corte entendeu que o RFRA seria inconstitucional, pois representaria tentativa do Congresso Nacional de corrigir a interpretação

Portanto, a partir do estabelecimento da premissa de controle de constitucionalidade das leis e atos emanados pelos outros Poderes, pode-se estatuir que a Suprema Corte norte-americana construiu, principalmente no lapso temporal citado, a autoridade para ditar o sentido último da Constituição.

Contudo, apesar do desenvolvimento proeminente da Jurisdição Constitucional em solo norte-americano, a mesma tendência não é seguida no restante do mundo, em especial na Europa. No Continente Europeu, o caminho percorrido pela Jurisdição Constitucional toma um rumo um pouco diverso, podendo-se afirmar que até início do século XX o positivismo formalista afastava qualquer viabilidade de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, uma vez que todo o Direito estaria compreendido no sistema composto pelas normas ditadas pelo Poder Legislativo e o papel do intérprete judicial se resumiria a fazer com que a vontade legislativa incidisse nos casos concretos, sendo o Poder Judiciário mero aplicador autômato de comandos ditados pelo Legislativo¹⁹.

Tal concepção, contudo, entra em crise no começo do século XX^{20,21}, e a ideia da jurisdição constitucional se desenvolve

da Suprema Corte sobre a liberdade religiosa. Caso se admitisse que o Congresso quebrasse o monopólio da corte na identificação dos direitos fundamentais, deveria igualmente reconhecer que a Constituição deixara de ser a norma suprema.

¹⁹ A concepção generalizada com as Revoluções Liberais na Europa no século XVIII era a de que as ameaças vinham do *ancien régime*, do monarca e da Igreja. Ao contrário, o Legislativo, recém-dotado de legitimidade democrática, era visto como um garantidor das liberdades fundamentais burguesas.

²⁰ É bem verdade, contudo, que houve experiências anteriores ao início do século XX, de controle de constitucionalidade na Europa, como a Constituição Suíça de 1874, que previa expressamente em seu artigo 118, n. 2, uma espécie de controle incidental e concentrado de constitucionalidade.

²¹ Com a queda das monarquias na Europa após o fim da Primeira Grande Guerra, inicia-se e afirma-se a concepção democrática. Também nesse período é editada a Constituição austríaca de 1920, fortemente influenciada por Hans Kelsen, representando o marco fundamental para a implantação do controle de constitucionalidade na Europa. Entretanto, conforme aponta Rodrigo Brandão “apesar da presença de condição essencial para o florescimento da jurisdição constitucional, o que efetivamente se verificou na Europa no período entre guerras foi o avanço de movimentos

na Europa com o término da Segunda Guerra Mundial²², e, se aprofunda no fim do século XX²³ e início de século XXI, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário²⁴ e sua proteção passava a caber ao Poder Judiciário²⁵.

Da mesma forma, em um período mais recente, principalmente na segunda quadra do Século XX e no início do Século XXI, a participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura na Europa a ideia da Supremacia do Judiciário. Ademais,

antiliberais (...) pois as ortodoxias do liberalismo econômico - em uma época em que o capitalismo já se caracterizava pela grande concentração do capital - não se mostravam aptas a resolver os graves problemas sociais e econômicos do período (desemprego em massa, superprodução, inflação, estagnação econômica etc.). A crescente direção da economia pelo Estado - sufragada pelo influentíssimo magistério de John Maynard Keynes - gerou uma profunda alteração institucional mesmo nos países imunes ao avanço do fascismo (ex. Estados Unidos da América, Inglaterra e França), pois os Parlamentos perderam espaço para o Executivo no exercício dessa nova função estatal. Com efeito, o Legislativo não se mostrava apto a prover as respostas céleres, técnicas e casuísticas que os referidos problemas econômicos demandavam. (...) Com efeito, nas décadas de 1920 e 1930 o liberalismo político vivenciou a sua maior crise, pois a combinação entre a ineficiência da doutrina do *laissez-faire* e das instituições liberais para debelar a crise econômica, a massa de desempregados, a ameaça comunista etc., formou um cenário propício para o triunfo da direita antiliberal na Europa".
²² É o que se observa na Alemanha e Itália, que instituíram Cortes Constitucionais no pós-Segunda Guerra.

²³ Portugal e Espanha - após suas respectivas revoluções - e os países do leste Europeu e as ex-repúblicas Soviéticas - com a queda de seus regimes - criaram suas Cortes Constitucionais.

²⁴ A Europa, a partir da segunda metade do século XX, passa a temer também as instituições democraticamente eleitas e os processos políticos majoritários, visto que os movimentos antiliberais que tiveram lugar no entre Guerras se desenvolveram democraticamente.

²⁵ Holanda e Luxemburgo, são os únicos países europeus que hoje ainda mantêm o padrão de supremacia do Parlamento e não adotam nenhuma modalidade de *judicial review*.

com a virada kantiana e o retorno da ética normativa²⁶, a interpretação jurídica se aproxima da argumentação moral²⁷, na tentativa de promover uma ordem justa e democrática, focada no desenvolvimento de modelos de interpretação que busquem retomar certos paradigmas filosóficos que haviam sido afastados pelo positivismo jurídico²⁸. Percebe-se então, desta forma, uma forte tendência de se positivar direitos fundamentais nas Constituições nacionais e de se criar Cortes Constitucionais²⁹ com a função principal de monitorar violações a direitos fundamentais, com a aplicação do texto constitucional em todas as suas

²⁶ MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 1, p. 89-105, 2008.

²⁷ MOREIRA, E. R. Argumentação jurídica e discurso constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 11, p. 137-167, 2009.

²⁸ Desta maneira, o direito passou por novas concepções e é possível observar algumas contribuições deste movimento, como: o surgimento de novas teorias interpretativas, como a teoria da leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; o surgimento de teorias argumentativas e teorias do discurso, como a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria do constitucionalismo discursivo, também de Alexy; e o surgimento de uma nova teoria hermenêutica, com postulados próprios e técnicas como a ponderação de interesses, a interpretação conforme à Constituição e a filtragem constitucional. Acredita-se que todas estas mudanças, em suma, levam a um resultado comum: o surgimento de uma nova teoria da norma jurídica na teoria constitucional e pode-se afirmar que esta é o resultado de todas as mudanças que se promoveram durante este curso da segunda metade do século XX para a primeira década do século XXI. Para maiores detalhes acerca da teoria constitucional contemporânea, BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. *Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo*. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, p. 288-309, 2011.

²⁹ Este modelo se deve, em grande parte, à configuração desenhada por Hans Kelsen de jurisdição constitucional. Segundo Kelsen, o controle de constitucionalidade seria competência de um Tribunal Constitucional, que através da jurisdição concentrada poderia invalidar uma norma. Ademais, a decisão do Tribunal Constitucional possuiria natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos. O Tribunal Constitucional, também atuaria como um legislador negativo enquanto vinculado à Constituição, visto que a atuação como legislador positivo estaria a cargo do Poder Legislativo. Na concepção kelseniana, com a criação de um Tribunal Constitucional, estaria se garantindo a força normativa da Constituição, contudo, as questões políticas permaneceriam com o Poder Legislativo. Todavia, para Kelsen, o ato de decisão judicial não é apenas de aplicação do Direito, visto que a norma jurídica constitui uma espécie de moldura, onde são possíveis diversos conteúdos, de acordo com a diversidade das interpretações possíveis, cabendo ao juiz preencher essa moldura.

potencialidades e a ascensão do Judiciário ao papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos³⁰.

Portanto, de uma maneira geral, após a década de vinte, do século XX, pode-se falar em expansão do *judicial review*^{31,32}, ou seja, embora o controle de constitucionalidade tenha sido por muito tempo uma peculiaridade do regime político norte-americano, conclui-se que atualmente este mecanismo se ampliou e universalizou, com a maior parte dos sistemas constitucionais europeus contemporâneos prevendo a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional³³.

Nesta toada, a afirmação da independência judicial³⁴, revela uma complexa dança institucional³⁵ entre os Poderes, como uma característica fundamental para o atual estágio de expansão Judicial³⁶, o que permitiu que os grupos políticos se sentissem minimamente reconhecidos na Constituição, com a atuação contramajoritária do Poder Judiciário.

2. SOCIEDADES IGUALITÁRIAS E RELAÇÕES

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

³¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power. New York University, 1997.

³² Segundo Brandão, 2012: “este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison* (1803); a seguinte se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália), e com o processo de independência de antigas colônias (i. e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina), e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (i.e., incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia).”

³³ Segundo Brandão, 2012, hoje, 158 de 191 sistemas constitucionais possuem a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.

³⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 39.

³⁵ *Idem.*

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 41.

HOMOAFETIVAS. O PODER JUDICIÁRIO COMO EQUILIZADOR DAS MINORIAS ESTIGMATIZADAS?

No cenário brasileiro, o paradigma da Supremacia Judicial começa a ganhar forma³⁷, especialmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a efetiva busca pela construção de um Estado Democrático de Direito desenhado de modo a deter abusos estatais e garantir o exercício dos direitos fundamentais previstos na Carta Política, na busca da equalização social.

Neste sentido, a concretização da ideia de justiça como forma de resposta às desigualdades histórico-sociais, parte da concretização do princípio constitucional da igualdade material e da neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física³⁸, como vetor exegético que permite identificar e integrar indivíduos ou grupos que, por razões históricas, econômicas ou sociais, encontram-se à margem da sociedade.

Partindo dessa perspectiva, o igual direito ao mais abrangente sistema de liberdades básicas³⁹, tem como objetivo eliminar as desigualdades ocorridas nas sociedades multifacetárias, em particular em um cenário em que as decisões coletivas, quando tomadas, acarretarão resultados não unívocos, ainda mais em sociedades cada vez mais plurais e globalizadas e em temas que apresentam multiplicidade de soluções⁴⁰.

Assim, nas sociedades democráticas contemporâneas, o princípio do pluralismo, assume um papel importante, na medida em que, na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são

³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *op. cit.*, pp. 209-213.

³⁸ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA.* Renovar, p. 21.

³⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* Vol. 1 de 02. 11ª ed. Editora Unb, pp. 309-312.

admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas, como um imperativo moral, ao deliberar sobre temas essenciais no espaço público⁴¹.

Neste sentido, nas sociedades heterogêneas contemporâneas, para haver um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, se deve eliminar as vantagens que surgem em função das tendências sociais, históricas e naturais, como um sistema equitativo de cooperação social, com base em um acordo político racional, bem informado e voluntário, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas^{42,43}.

Contudo no atual cenário institucional brasileiro, tal construção não se mostra presente em grande medida, tendo em vista que as decisões políticas são tomadas com base nos direitos das majorias eventuais, sem levar em conta as necessidades das minorias estigmatizadas⁴⁴, em uma dinâmica deliberativa em que os grupos homoafetivos, apesar de organizados, ainda encontram forte resistência na afirmação política de direitos.

Desta forma, acaba por se tornar fictícia a receptividade e acessibilidade populacional ao Parlamento, tomando como premissa o fato de que os poderes públicos no seu processo deliberativo submetem o processo decisório em que, ao tratar sobre questões complexas, existe a necessidade de análise de alguns fatores fundamentais, como o alto custo político⁴⁵, medo de

⁴¹ RAWLS, John, O liberalismo político. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 261-305.

⁴² RAWLS, John. Justiça e democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 199-241.

⁴³ Rawls trabalha aqui a questão da posição original, a partir da concepção tradicional de justiça, que especifica os princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de vista a partir do qual, um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, possa ser estabelecido. A posição original com os traços do “véu da ignorância” (*veil of ignorance*), é este ponto de vista. Por sua vez, a ideia de “véu da ignorância”, se liga à ausência de conhecimento da posição social ou a doutrina abrangente das partes. RAWLS, John, O liberalismo político. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 65-72 e 261-305.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *op. cit.*, pp. 309-312.

⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *op. cit.*, p.154.

rotulação com reflexos na não reeleição e nas consequências dos fisiologismos, para chegarem a conclusões legítimas.

Portanto, diante deste quadro, pode-se estatuir que, o escopo atual termina por não acomodar situações de desacordo moral razoável⁴⁶, ocorridas em sociedades complexas e em situações de pluralismo, e, desta feita, se mostra bastante discutível afirmar que este sistema traz efetivos ganhos qualitativos à questão democrática, ou se, na verdade, este debate caminha para um obscurecimento da amplitude no debate participativo e pluralista.

Sendo assim, pode se afirmar que, na sociedade contemporânea, o debate sobre a necessidade de proteção e concretização dos direitos fundamentais, vem se deslocando do Parlamento, para o papel cada vez mais importante do Poder Judiciário na sua função contramajoritária, o que traz, por consequência, a ideia de que o Poder Judiciário acaba por emitir muitas vezes a última palavra sobre questões morais e políticas complexas⁴⁷.

É bem verdade que em sociedades complexas e em condições de pluralismo, a legitimidade das decisões judiciais depende de que sejam compatíveis com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade plural e fraterna, a partir da percepção de que as cortes atuam cada vez mais como últimas intérpretes da Constituição⁴⁸.

Assim, diante do aumento das nuances sociais e da crise de representatividade do legislador, o risco da ditadura das maiorias, acabam por legitimar democraticamente as decisões tomadas por um órgão contramajoritário, com a estabilização social diante da multiplicidade de concepções de vida⁴⁹.

⁴⁶ MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. In: José Ribas Vieira; Vanice Regina Lírio do Valle; Gabriel Lima Marques. (Org.). Democracia e suas Instituições. 1ªed. Rio de Janeiro: Imo's Gráfica e Editora, 2014, pp. 26-27.

⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, p. 39-41.

⁴⁸ NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 401-402.

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *op. cit.*, p. 170-172.

Nesta toada, diante da inesgotável busca do equilíbrio entre o tecnicismo e insulamento político, com a abertura às deliberações de grupos de sociais⁵⁰, a força do Judiciário se sedimenta mediante as mais diversas conjunturas estruturais⁵¹, sendo a engrenagem para cumprimento dos objetivos políticos-constitucionais^{52,53}.

Ademais, é imperioso destacar que, em questões moralmente controvertidas, a necessidade de interação institucional, não levará necessariamente à releitura da posição das cortes diante da visão governamental dominante e da opinião pública⁵⁴, especialmente quando a implementação de decisões judiciais contrarie concepções majoritárias da sociedade e dos poderes políticos⁵⁵.

Desta feita, a imparcialidade e o insulamento, acabam por permitir que o Poder Judiciário apresente melhores condições como instituição garantidora de direitos fundamentais, a partir de uma dinâmica sistêmica, que assegure a supremacia e o controle autorrestrito⁵⁶ das garantias constitucionais, enquanto entidade constituinte de um Estado Democrático de Direito⁵⁷.

Portanto, tomando por base o bloqueio institucional que há no Parlamento para interações com a opinião pública e os movimentos e grupos sociais, o Judiciário, no cenário brasileiro, se torna uma peça fundamental para garantir direitos fundamentais, em especial, em relação à equalização de direitos de minorias estigmatizadas⁵⁸.

⁵⁰ NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 403.

⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *op. cit.*, p. 171.

⁵² MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 99-120.

⁵³ NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 403.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. *op. cit.*, pp. 190-213.

⁵⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, pp. 300-315.

⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *op. cit.*, p.155.

⁵⁸ MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *op. cit.*, pp. 26-27.

Nessas circunstâncias, frisa-se a relevância do pronunciamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 4.277⁵⁹ e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132⁶⁰, em maio de 2011, em que, diante da falta de consenso e de concretização legal do Congresso Nacional a respeito da situação jurídica das relações homoafetivas, há pelo STF a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, portanto, integrante do conceito de família, estendendo, dessa forma, diversos direitos e garantias, de ordem sucessória, do direito de família e previdenciário a esses pares.

⁵⁹ A ADI 4277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família.

A PGR sustenta que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal – CF; da igualdade (artigo 5º, caput, da CF); da vedação de discriminação odiosa (artigo 3º, inciso V, da CF); da liberdade (artigo 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica (artigo 5º, caput), todos da Constituição Federal (CF). <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>>. Acesso em: 22.junho.2015.

⁶⁰ Coube ao STF na ADPF 132, deliberar sobre a questão complexa da união entre pessoas do mesmo sexo. Já em outros países como Dinamarca, Holanda e Alemanha, houve uma discussão social intensa sobre tema da união homoafetiva. Assim, os debates acerca da união homoafetiva na Dinamarca se iniciaram em 1968, com a apresentação de uma proposta de lei. Nos anos seguintes, instaurou-se uma forte discussão na sociedade sobre a extensão dos direitos que deveriam ser reconhecidos aos casais de mesmo sexo, até que houve a aprovação pelo Parlamento dinamarquês da união homoafetiva em 1989. O mesmo ocorreu na Holanda, primeiro país a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, em que os movimentos a favor de seu reconhecimento começaram a ter maior intensidade em 1991. Em 1994, foi apresentada a primeira proposta de formalização das uniões, que, aprovada, entrou em vigor em 1998. Uma nova legislação, estabelecendo o direito de os homossexuais usufruírem do mesmo instituto matrimonial reservado aos heterossexuais, passou a valer em 2001. A união homoafetiva também é tratada pela legislação da Alemanha, país em que desde 2001 vigora a “parceria civil homossexual”, instituída pela *Lebenspartnerschaftsgesetz* (Gesetz über die *Eingetragene Lebenspartnerschaft*). Essa lei é resultado de uma discussão iniciada na década de oitenta. ADPF 132. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Em linhas gerais, o STF se manifestou sobre o tema ao dar interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil, que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

Contexto similar, ocorreu no Estados Unidos, em que, no dia 26 de junho de 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que todos os 50 (cinquenta) Estados deveriam celebrar, bem como reconhecer, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja na sua ou em outra jurisdição⁶¹.

Em uma votação apertada, 5 (cinco) votos a favor e 4 (quatro) contra, os *justices* da Suprema Corte norte-americana decidiram que os treze estados do país que ainda tinham alguma forma de restrição, não poderiam mais impedir a união entre casais do mesmo sexo⁶².

Objetivando o cumprimento da 5ª e 14ª Emendas, que preveem o direito ao devido processo legal procedimental e substantivo e a isonomia, respectivamente, a Corte entendeu que, com base na autonomia individual, todos têm o direito de escolher com quem se relacionarão e como formalizarão seus laços afetivos⁶³.

É bem verdade que a decisão de 2015, foi precedida de outros casos que buscaram eliminar o tratamento discriminatório entre casais heterossexuais e homossexuais e a equalização de direitos, como externado pela Suprema Corte norte-americana no paradigmático caso *Lawrence v. Texas*, de 2003, no qual determinou que o Estado não deve interferir na privacidade e na

⁶¹ *Suprema Corte dos EUA reconhece legalidade do casamento gay*. Carta Capital, 26.junho.2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reconhece-legalidade-do-casamento-gay-2484.html>>. Acesso em 26.junho.2015.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Idem*.

autodeterminação sexual dos indivíduos⁶⁴.

Da mesma forma, em 2013, a Suprema Corte no caso *United States v. Windsor* de 2013⁶⁵, nos termos da Seção 3 do *Defense of Marriage Act* (DOMA), albergou a vedação da restrição à interpretação das expressões “casamento” e “cônjuge” apenas às uniões heterossexuais.

No mesmo ano, em *Hollingsworth v. Perry*⁶⁶, a Suprema Corte norte-americana também entendeu pela ilegitimidade de grupos contrários à união homoafetiva, para tentativa de invalidação do *same-sex marriage* no Estado da Califórnia.

Já em *Obergefell v. Hodges* de 2015⁶⁷, a Corte estabeleceu, com base na 14ª Emenda, que os Estados norte-americanos devem reconhecer e autorizar as uniões homoafetivas.

⁶⁴ Em *Lawrence v. Texas* Inicia-se a partir da invasão policial na casa de John Geddes Lawrence, sob a justificativa de perturbação por armas. Após adentrarem em sua casa, encontraram-no praticando sexo com outro homem, sendo os dois detidos por “desvio de relação sexual”, conforme estatuto texano. A decisão da Corte caracterizou-se ao que ficou conhecido como *overruling*, em que mesmo tribunal revisitou o caso *Bowers v. Hardwick*, 1986, superando o entendimento, à época, de que a sodomia seria um delito. O caso *Lawrence* clarifica a inconstitucionalidade da criminalização de atos sexuais praticados consensualmente por adultos circunscritos em sua esfera privada. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>>

⁶⁵ Caso *United States v. Windsor*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁶⁶ *Hollingsworth v. Perry* de 2013 envolveu a tentativa de invalidação do *same-sex marriage* no Estado da Califórnia, por grupos contrários à união homoafetiva, por meio da *ballot initiative proposition 8*. Porém, aqui, a Suprema Corte norte-americana não chegou a analisar o mérito da questão, uma vez que considerou que os *official sponsors of a ballot initiative* (similar aos signatários de uma iniciativa popular), não detinham legitimidade para recorrer à Suprema Corte norte-americana. Caso *Hollingsworth v. Perry*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-144/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁶⁷ *Obergefell v. Hodges* de 2015 buscava o reconhecimento pelo Estado de Ohio de *same-sex marriages* validamente estabelecidos em outros Estados. Na verdade, *Obergefell v. Hodges* é a consolidação de três outros *same-sex marriage cases*, *Tanco v. Haslam* (Estado de Tennessee), *DeBoer v. Snyder* (Estado de Michigan), *Bourke v. Beshear* (Estado de Kentucky), que também questionavam a negativa destes Estados em reconhecer *same-sex marriages* validamente estabelecidos em outros Estados. Caso *Obergefell v. Hodges*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Ademais, cabe lembrar que o tema da união homoafetiva e da eliminação do tratamento discriminatório entre casais heterossexuais e homossexuais⁶⁸, também foi enfrentado por outras cortes ao redor do globo.

Assim, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Vallianatos end Others v. Greece* reconheceu em 2013, que os casais homossexuais têm seu direito de reconhecimento de união civil resguardados⁶⁹.

Da mesma maneira, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em especial, em *Smith and Grady v. The United Kingdom* de 1999^{70,71}, *E.B. v. France* de 2008⁷², *Kozak v. Poland* de

⁶⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46-306.

⁶⁹ Caso *Vallianatos end Others v. Greece*. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-128294%22%5D%7D>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

⁷⁰ Em *Smith and Grady v. The United Kingdom* de 1999, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a investigação e subsequente dispensa de homossexuais das forças armadas, seria uma violação ao direito à vida privada, nos termos do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O caso que se originou do julgamento de *Regina v. Ministry of Defence, Ex parte Smith and others* de 1996 pela *Queen's Bench Divisional Court* da *Her Majesty's High Court of Justice of England and Wales*, e, gerou a criação no Reino Unido do *Sexual-orientation-free Armed Forces Code of Social Conduct* em janeiro de 2000. Caso *Smith and Grady v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4828>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁷¹ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. *Eu law: text, cases and materials*, 2011, p. 852-999.

⁷² Em *E.B. v. France* de 2008, a Srª E.B., professora francesa, que vivia em união estável com sua parceira a “Srª R”, teve o pedido para adotar uma criança negada, sob o argumento de que a falta de uma figura paternal, causaria fortes abalos psicológicos nas crianças adotadas. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a diferença de tratamento estaria em descompasso com o princípio da não discriminação esculpido no artigo 14º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que a orientação sexual da Srª E.B. foi o fator determinante para negativa ao direito de adoção. Caso *E.B. v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

2010⁷³, em *Dudgeon v. The United Kingdom* de 1981⁷⁴ e *Norris v. The Ireland* de 1988⁷⁵ destacou o tratamento igualitário entre casais heterossexuais e casais homossexuais, nos mais diversos aspectos, como nas relações de trabalho e emprego, nos direitos

⁷³ Em *Kozak v. Poland*, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que os tribunais poloneses teriam discriminado o Sr. Piotr Kozak, em razão da sua orientação sexual, ao negar-lhe o direito de suceder, após o falecimento de seu parceiro, ao contrato de arrendamento do imóvel que coabitavam, tendo a *Supreme Court of the Republic of Poland*, falhado no teste de proporcionalidade ao tomar como base apenas o *Lease of Dwellings and Housing Allowances Act* de 1994, que não abrangia as relações conjugais entre parceiros do mesmo sexo.

Além disso, a CEDH pontuou que a evolução da sociedade faz surgir diferentes tipos de famílias, que impede aos Estados de justificar um tratamento desigual apenas em razão do sexo ou da orientação sexual, buscando preservar um modelo tradicional. Ou seja, a desigualdade que os casais homossexuais vivenciam hoje na Europa, não apenas impõe que os Estados evitem medidas excessivamente onerosas a esses grupos minoritários, mas também lhes obriga a alterar suas legislações para adequá-las aos princípios consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Caso *Kozak v. Poland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97597>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁷⁴ Em *Dudgeon v. The United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que a legislação da Grã-Bretanha do século XIX, que criminalizava atos homossexuais masculinos, ainda em vigor na Irlanda do Norte, violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Dudgeon Jeff era um ativista dos direitos dos homossexuais em Belfast, Irlanda do Norte, quando foi interrogado pela *Royal Ulster Constabulary* sobre suas atividades sexuais. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a criminalização da Irlanda do Norte de atos homossexuais consentidos entre adultos, prevista no *Person Act* de 1861 e no *Criminal Law Amendment Act* de 1885, seriam incompatíveis com o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Como consequência do julgamento, a relação sexual entre homens foi descriminalizada na Irlanda do Norte em outubro de 1982. Caso *Dudgeon v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁷⁵ No caso *Norris v. The Ireland*, David Norris, cidadão de origem irlandesa, que trabalhava como professor de inglês na *Trinity College* de Dublin questionou o *Person Act* de 1861 e o *Criminal Law Amendment Act* de 1885, que tratavam da vedação à prática homossexual masculina. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que embora as autoridades nacionais gozem de uma ampla margem de apreciação para adotarem medidas nos campos da moral, têm a obrigação de levar em consideração os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, a Corte decidiu que David Norris, teria direito a receber do Governo irlandês uma indenização em dinheiro em virtude de a legislação em comento estar em descompasso com o artigo 8º da Convenção Europeia. Caso *Norris v. The Ireland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57547>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

sucessórios e à adoção etc.

Ainda no âmbito europeu, recentemente, em Janeiro de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia banuiu o “teste psicológico de orientação sexual” para pessoas que solicitassem asilo diplomático aos países do bloco, em vista da ingerência desproporcional à vida privada⁷⁶.

Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em resposta à Opinião Consultiva 24 considerou que os países membros, inclusive o Brasil, deveriam reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, assim como, todos os direitos decorrentes desse instituto⁷⁷.

Nessa mesma linha, o Tribunal Constitucional da África do Sul nos casos *Minister of Home Affairs v. Fourie and another* e *Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs* de 2005⁷⁸, também entendeu que a definição de casamento da seção 30 (1) do *Marriage Act* seria inconsistente com a Constituição, e, portanto, casais do mesmo sexo teriam direito ao casamento.

Já o Tribunal Constitucional da Colômbia na *Sentencia C-577/2011*⁷⁹ ao permitir que casais do mesmo sexo se casassem

⁷⁶ Caso C-473/16: “F” v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198766&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=830472>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

⁷⁷ A Opinião Consultiva (OC) 24 foi provocada pela Costa Rica em 2016, ao indicar que a orientação sexual e a identidade de gênero são institutos protegidos pela Convenção Americana dos Direitos Humanos. A comunidade LGBTQ obteve o reconhecimento do casamento e dos direitos dele decorrentes, além da permissão da mudança de identidade sexual nos registros civis. A Corte também ressaltou que a inexistência de normas internas sobre a temática não justifica a restrição de direitos desses grupos populacionais. A opinião da Corte resulta em obrigatoriedade aos países membros. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf> e <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1671>. Acesso em 15 jan. 2018.

⁷⁸ Como resultado, foi aprovado o *Civil Union Act* em 2006, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Casos *Minister of Home Affairs v. Fourie and another* de 2004 e *Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/S-CCT60-04>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁷⁹ *Sentencia* C-577/2011. Disponível em:

e adquirissem os mesmos direitos que os casais heterossexuais, e, na recentíssima *Sentencia* SU-214/2016⁸⁰, ao decidir que todo ser humano possa contrair um casamento civil, de acordo com a sua orientação sexual, afirmou os princípios da dignidade humana, da liberdade individual e da igualdade, nas relações humanas, na mesma linha da jurisprudência inaugurada no julgamento C-075/2007⁸¹.

A jurisprudência da *House of Lords* britânica também abordou o tema da equiparação de direitos e da não discriminação por conta da orientação sexual, em *Ghaidan v. Godin-Mendoza* de 2004⁸² e *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson* de 2005⁸³, de forma a vedar

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸⁰ A Sentença SU-214/2016, na verdade, tratava de seis processos (T-4.488.250, T-4.189.649, T-4.259.509, T-4.167.863, T-4.353.964 e T-4.309.193), que discutiam a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. *Sentencia de Unificación* 214/2016. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214%2D16.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸¹ O Tribunal Constitucional da Colômbia no julgamento C-075/2007, apoiado no processo C-098/1996, destacou que havia um imperativo constitucional de dar tratamento igualitário entre casais heterossexuais e casais homossexuais, cabendo ao legislador definir as medidas necessárias para cumprir os requisitos de proteção de grupos marginalizados. *Sentencia* C-075/2007. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-075-97.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸² Em *Ghaidan v. Godin-Mendoza* de 2004, a *House of Lords* entendeu por interpretar o *The Rent Act* de 1998, de forma a garantir que os direitos sucessórios em situações de *same-sex relationship* “is equally applicable to the survivor of a homosexual couple living together in a close and stable relationship”. Caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸³ Em *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson* de 2005, a *House of Lords* entendeu que “no reasonable reader could understand the word ‘widow’ to refer to the more general concept of a surviving spouse”, de forma que uma interpretação não discriminatória compatível com uma isenção tributária de luto apenas às viúvas não seria possível. Interessante que em *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd*, julgado pela *House of Lords* em 2001, em um caso anterior ao *Human Rights Act*, a posição foi exatamente oposta. Caso *R. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue ex parte Wilkinson*. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050505/wilkin-1.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

interpretações discriminatórias em temas sucessórios e tributários⁸⁴.

Da mesma maneira, a *Supreme Court of Canada* em *Vriend v. Alberta* de 1998⁸⁵, tratou da questão da discriminação sexual uma escola religiosa com base na sua orientação sexual.

A rejeição à interferência na privacidade e na opção de vida de adultos do mesmo sexo, também foi enfrentada pela Suprema Corte de Belize no caso *Caleb Orozco v. Attorney General of Belize* de 2016⁸⁶, a demonstrar que a temática da união homoafetiva perpassa fronteiras, projetando para além dos limites nacionais⁸⁷.

Isto posto, diante deste cenário, afirma-se que o Judiciário deve se manifestar, de forma a garantir o direito das uniões homoafetivas, na medida em que o custo político e a hipocrisia social ainda pairam em nosso modelo político, bloqueando tentativas de inclusão e proteção pelo Poder Legislativo⁸⁸, permitindo a inserção de grupos socialmente excluídos,

⁸⁴ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. *Eu law: text, cases and materials*. 2011, p. 892-964.

⁸⁵ O caso *Vriend v. Alberta* de 1998 julgado pela *Supreme Court of Canada*, envolvia a demissão de um professor de uma escola religiosa com base na sua orientação sexual. No caso, o *Alberta Individual Rights Protection Act* não tratava da questão da discriminação sexual, assim, a *Supreme Court of Canada*, entendeu que esta omissão violaria a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Caso *Vriend v. Alberta*. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1607/1/document.do>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

⁸⁶ A Suprema Corte de Belize no caso *Caleb Orozco v. Attorney General of Belize* de 2016, ao analisar o pedido efetuado em 2010 pelo *United Belize Advocacy Movement* e por Caleb Orozco, entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 53 do Código Penal de Belize que proibia “relações carnavais contra a ordem da natureza”. Caso *Caleb Orozco v. Attorney General of Belize*. Disponível em: <<https://caymannewsservice.com/wp-content/uploads/2016/08/Belize-Court-of-Appeal-Judgment-Caleb-Orozco-v-AG-et-al.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

⁸⁸ Exemplifique-se com o PLC (Projeto de Lei da Câmara) 122/2006, que criminaliza a homofobia, parado até hoje.

especialmente, diante de um modelo social cada vez mais plural e globalizado.

3. CONCLUSÃO.

Cada vez mais, se mostra claro que a atuação do Judiciário como agente de salvaguarda dos direitos fundamentais dos casais homoafetivos, deve ser premente tendo em vista que esse grupo está desguarnecido por muitas Casas Parlamentares.

Considerando que o Parlamento brasileiro ainda está inserido em uma lógica que exclui a efetiva participação dos diversos grupos sociais, em especial em relação às demandas homoafetivas, o Poder Judiciário deve se pronunciar, a fim de garantir os ditames constitucionais da isonomia e a consolidação de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos, minorando os efeitos da marginalização social desses grupos.

Nesse sentido, o julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4.277 pelo STF foi primordial no caso brasileiro à comunidade homoafetiva por reconhecer uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar, merecendo, portanto, guarida constitucional e legal.

Esta ideia externada pelo STF, também se mostra presente em outros sistemas jurídicos, como se observa em decisões tomadas pelas mais diversas cortes do globo, tanto em âmbito doméstico, como em âmbito internacional.

Especialmente no caso brasileiro, a atuação do STF acabou por permitir uma fissura ao senso comum, buscando promover e tutelar os direitos fundamentais das minorias políticas, em particular na temática da união homoafetiva, de modo a cumprir o principal fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana.



BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009.
- _____. *Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 12, p. 661-714, 2011.
- _____. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 5, p. 167, 2007.
- _____. *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. In: Roberta Freitas Guerra; Fernando Laércio Alves da Silva; Patrícia Aurélio Del Nero. (Org.). *Neoconstitucionalismo em Perspectiva*. 1ª ed. Viçosa: Editora UFV, 2014, v. , p. 27-57.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1 de 02. 11ª ed. Editora Unb.
- BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. *Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo*. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, v. 17, p. 288-309, 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA*. Renovar, 2001.
- GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton University Press, 1999.
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 376p .
- _____. *Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional*. In: José Ribas Vieira; Vanice Regina Lírio do Valle; Gabriel Lima Marques. (Org.). *Democracia e suas Instituições*. 1ªed. Rio de Janeiro: Imo's Gráfica e Editora, 2014.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MOREIRA, E. R. *Argumentação jurídica e discurso constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 11, p. 137-167, 2009.
- _____. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. Revista Forense, v. 1, p. 89-105, 2008.
- NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Editora Fórum, 2012.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John, *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática,

2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York University, 1997.