

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Escola de Direito, Turismo e Museologia
Departamento de Direito

Paulo Afonso de Oliveira Júnior

LEGISLAÇÃO E DIGNIDADE DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Ouro Preto
2019

Paulo Afonso de Oliveira Júnior

LEGISLAÇÃO E DIGNIDADE DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito, Turismo e Museologia da UFOP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mário Nogueira de Oliveira.

Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

Linha de Pesquisa: Diversidade Cultural, Novos Sujeitos e Novos Sistemas de Justiça.

Ouro Preto

2019

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

O48l Oliveira Junior, Paulo Afonso de .
Legislação e dignidade das famílias homoafetivas. [manuscrito] / Paulo Afonso
de Oliveira Junior. - 2019.
127 f.

Orientador: Prof. Dr. Mário Nogueira de Oliveira .
Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro Preto.
Departamento de Direito. Programa de Direito.
Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. Dignidade (Direito). 2. Direitos Humanos. 3. Homossexualidade - Legislação .
4. Direitos dos homossexuais. 5. Minorias . I. Oliveira , Mário Nogueira de. II.
Universidade Federal de Ouro Preto. III. Título.

CDU 342.7



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
INSTITUTO DE FILOSOFIA ARTES E CULTURA
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA



FOLHA DE APROVAÇÃO

Paulo Afonso de Oliveira Junior

Legislação e Dignidade da Família Homoafetiva

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Aprovada em 26 de abril de 2019

Membros da banca

Dr. Mário Nogueira de Oliveira - Orientador(a) (Universidade Federal de Ouro Preto)
Dr. Leonardo Silva Nunes - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Dr. Gustavo Henrique de Almeida -- (Centro Universitário Presidente Antônio Carlos)

Dr. Mário Nogueira de Oliveira, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 07/12/2020.



Documento assinado eletronicamente por **Mario Nogueira de Oliveira, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 07/12/2020, às 11:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0112005** e o código CRC **B5A7DD4D**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.009432/2020-25

SEI nº 0112005

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: - www.ufop.br

Este trabalho é dedicado a todos àqueles que a legislação não permitiu viver sua vida em plenitude, especialmente, ao Rodrigo, que sonhou com muita coisa que não viveu.

AGRADECIMENTOS

À minha família, que mesmo no silêncio sempre foi acolhimento e proteção.

Ao Ciro, amigo e maior incentivador de meus estudos, que nas mais simples conversas sempre apontou caminhos.

Ao Mário, meu orientador, pelo profissional brilhante que é e, mais ainda, pela grandeza humana que representa.

À UFOP, que transformou a mística que sempre senti por Ouro Preto em parte indissociável da minha vida.

[...] Que benefício trouxe a República ao povo? – Este caso, que benefício trazia a monarquia?

Nenhum. Não se trata de monarquia ou república, trata-se de perceber que não vamos eternamente poder abafar a voz dos despossuídos, oprimidos e injustiçados, que são a grande maioria, através de ações militares. Trata-se de estabelecer um regime que, em lugar de procurar solidificar as vantagens de seus sequazes no poder, procure compreender que o país só poderá ser grande na medida em que não mantiver seu povo marginalizado, escravizado, ignorante e faminto. Isto me parece elementar. Você conhece o desespero, a miséria, a desesperança daqui. (RIBEIRO, 2011, p. 553).

RESUMO

Refletir sobre a dificuldade da função legislativa em promover os direitos de grupos minoritários é o objetivo geral desta dissertação. Para tanto, utiliza-se parte da Filosofia do Direito de Jeremy Waldron, que resgata a dignidade da legislação para fortalecer a democracia representativa construída especificamente para uma sociedade com forte respeito aos direitos de minorias. Com base em análise de projetos de lei brasileiros referentes a questões ligadas aos direitos da comunidade homoafetiva e, ainda, em termos procedimentais, a partir de revisão de literatura específica sobre temáticas tangenciais à principal (direitos fundamentais, dignidade humana, evolução do pensamento constitucional, vulnerabilidade social, ativismo e judicialização, por exemplo), apontou-se a necessidade de que tais direitos, em razão da resistência ou inadequação da atividade legislativa brasileira, até agora distante da concepção de atividade democrática defendida por Waldron, carecem ainda de uma atuação compensatória advinda, muitas vezes, do Poder Judiciário, de maneira a tornar real algo que sempre deveria ter sido realidade.

Palavras-chave: Legislação. Dignidade da Legislação. Democracia. Direitos Homoafetivos. Minorias.

ABSTRACT

To think on the difficulty of the Legislative Branch to promote the rights of minority groups is the main purpose of this study. In order to do so, it was used a part of Jeremy Waldron's Law Philosophy, that rescues the dignity of the legislation to strengthen the representative democracy, built specifically for a society with strong respect for the rights of minorities. Based on the analysis of Brazil's law projects related to issues associated with the rights of homo-affective people and, also - in the matter of procedure - by making a literature review specifically on themes that touch the main one - for example: fundamental rights, human dignity, evolution of the constitutional thought, social vulnerability, activism and judicialization - we were able to point out the reality that those rights - due to the resistance or the unsuitability of Brazil's legislative activity, that up until now, remains distant from the idea of democratic activity defended by Waldron - still require a compensatory measure that most frequently comes from the Judiciary Branch, in order to make real something that always should have been reality.

Key-words: legislation, dignity of the legislation, democracy, homo-affective rights, minorities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BA	Bahia
CC	Código Civil
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPDPC	Centro de Pesquisa e Documentação da História Contemporânea do Brasil
CPP	Código de Processo Penal
DEM	Democratas
DF	Distrito Federal
Dr.	Doutor
EUA	Estados Unidos da América
FGV	Fundação Getúlio Vargas
HC	Habeas Corpus
IASP	Instituto de Advogados de São Paulo
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGBTTI	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MG	Minas Gerais
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PE	Pernambuco
Pet.	Petição
PFL	Partido da Frente Liberal
PL	Projeto de Lei

PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios
PP	Partido Progressista
PPB	Partido Progressista Brasileiro
PR	Paraná
Prof.	Professor
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PV	Partido Verde
RJ	Rio de Janeiro
RR	Roraima
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO	25
2.1 Exposição inicial do pensamento de Jeremy Waldron sobre o tema.....	25
2.2 Análise e impressões sobre os pontos principais de seu pensamento.....	27
2.3 Processos decisórios satisfatórios para os desacordos de direito	32
2.4 A questão da decisão majoritária	37
2.5 Parlamentos <i>versus</i> Cortes.....	42
3 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	49
3.1 Constitucionalismo	49
3.2 Judicialização da política e das relações sociais e Ativismo Judicial	59
3.3 Democracia	63
3.4 Constitucionalismo <i>versus</i> Democracia	65
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E MINORIAS.....	73
4.1 Minorias.....	74
4.2 Contexto histórico.....	78
4.3 Breve contexto histórico da homossexualidade	82
4.4 Vulnerabilidade legislativa	83
4.5 Casamento homoafetivo e o Direito Comparado	88
5 REALIDADE BRASILEIRA: O LEGISLATIVO E OS DIREITOS LGBTTI.....	91
5.1 Projeto de Lei n. 1151/1995 (de autoria de Marta Suplicy).....	91
5.2 Projeto de Lei 2.285/2007 – Estatuto das Famílias	104
5.3 Projeto de Lei 134/2018 – Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero	109
5.4 Outros projetos	113
6 CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

Não existem grandes dificuldades em identificar na realidade social brasileira, em pleno século XXI, uma sociedade absolutamente desigual e que guarda traços marcantes de uma história de preconceitos e conservadorismo.

Tais características têm impingido a uma multidão de brasileiros e brasileiras uma desigualdade de participação na vida política e social expondo-os a uma vulnerabilidade de direitos que os têm impedido de se auto realizarem, sendo vítimas constantes da opressão e dominação de grupos hegemônicos.

Isso acontece no Brasil com negros, mulheres, índios, idosos, moradores de comunidades, pessoas com necessidades especiais, comunidade LGBTTI, entre outros.

Não se pode olvidar que há esforços para a promoção de mudanças na sociedade brasileira que objetivam aumentar a participação destes grupos vulneráveis na vida social e política de forma a transformar suas realidades com a promoção da igualdade e da efetivação de direitos.

Dentre estes esforços não se pode ignorar a promulgação de leis que visam a promoção de direitos e, conseqüentemente, a implementação de políticas públicas voltadas a estes grupos minoritários, vulneráveis e desprivilegiados.

Em que pese a existência de algumas legislações neste sentido, ainda se observa uma tímida participação legislativa neste processo, tendo o Poder Judiciário, de fato, contribuído mais ativamente na promoção de direitos de grupos vulneráveis.

Especificamente quanto à realidade da família homoafetiva e da comunidade LGBTTI observa-se claramente um preconceito histórico no seio social brasileiro que vem negando participação e, conseqüentemente, a auto realização e a efetivação de direitos a uma parcela considerável da população. Percebe-se também a gigantesca dificuldade do Legislativo em dar sua contribuição para a mudança da realidade destas minorias, sendo certo que todos os avanços e conquistas de direitos foram obtidos através da via judicial.

Esta dissertação tem como objetivo refletir a respeito da dificuldade legislativa brasileira na promoção de direitos afetos às pessoas de orientação homoafetiva, o que, indiscutivelmente perpetua na sociedade brasileira uma imposição de subcidadania àquelas, gerando violências e injustiças. Para tanto, utiliza-se a

filosofia de Jeremy Waldron (2003) que, na tentativa de resgatar a dignidade da legislação e dos parlamentos, constrói uma teoria de autoridade que busca o fortalecimento das democracias no mundo contemporâneo. Como corolário lógico de sua teoria, Waldron (2006) se posiciona contrariamente à revisão judicial da legislação que se manifesta por vezes através do fenômeno da judicialização das relações políticas e sociais e do ativismo judicial.

Como uma luz que clareia os ângulos escuros da vida política brasileira, a teoria de Waldron (2003; 2006) evidencia aquilo que seria um legislativo atuando de modo digno e cumprindo seu papel constitucional. A partir dos ensinamentos de Waldron (2003; 2006), é possível perceber que o Poder Legislativo está distanciado nas noções de dignidade e eficiência. Esta dissertação busca ressaltar a necessidade de se enfrentar o problema, entender o desequilíbrio entre os poderes, o qual denota falhas na democracia e mantém diminuta a participação política e social de minorias pouco representadas – aqui tratadas, especificamente, na figura das famílias homoafetivas.

Um legislativo que atuasse com a dignidade elucidada por Waldron (2006) faria com que todos vivessem em uma sociedade justa, ainda que se acredite na vontade da maioria como princípio geral da política, pois, como diz o filósofo, tal sociedade aceita que existem direitos individuais e liberdades que não devem ser negadas pelo simples fato de não serem convenientes para a maioria. Nesse corpo social, segundo Waldron (2006), acredita-se que minorias têm o direito ao apoio e ao reconhecimento que não se deve medir pelo seu número ou peso político. Na realidade, supõe-se, aqui, uma sociedade com alta consciência de defesa de direitos humanos (WALDRON, 2006, p. 1364).

Estruturalmente, a dissertação encontra-se arquitetada da seguinte forma: no primeiro capítulo será exposto o pensamento de Jeremy Waldron (2003; 2006) e sua defesa da atuação plena da Legislação e dos Parlamentos. Abordar-se-á a construção das premissas sobre as quais a teoria do autor é construída; os procedimentos ligados a resultados e processos na solução das controvérsias de uma sociedade democrática e a questão das decisões majoritárias e as questões ligadas a sua autoridade e validade.

No segundo capítulo, tratar-se-á dos conceitos de constitucionalismo e democracia e a discussão existente entre um possível conflito entre eles. O objetivo da análise de tais conceitos é alcançar uma melhor compreensão da teoria de

Waldron (2003; 2006) exposta no capítulo anterior. Mostrar-se-á que a preocupação do filósofo quando da construção de sua teoria é exatamente o fortalecimento da democracia através do resgate da boa fama da Legislação e dos Parlamentos uma vez que argumenta que a transferência do debate dos desacordos sociais para o judiciário é uma forma de enfraquecimento da democracia representativa.

No terceiro capítulo, serão abordadas questões relativas a grupos minoritários e vulneráveis dando enfoque à família homoafetiva e à toda comunidade LGBTTI, valendo-se da construção histórica da homoafetividade e da família. Ainda neste tópico, destacar-se-á a questão da fragilidade legislativa de grupos minoritários, demonstrando a hipervulnerabilidade legislativa a qual estão submetidas as famílias homoafetivas e a comunidade LGBTTI. Finalizar-se-á o capítulo com uma sinopse de Direito Comparado que demonstra que é possível a proteção destas pessoas através da legislação e dos Parlamentos.

Por fim, no último capítulo, expõe-se a experiência legislativa brasileira através da tramitação de alguns projetos de leis que tentam ou tentaram conceder, pela via legislativa, algum direito à comunidade LGBTTI. Serão apresentados alguns excertos das discussões e pareceres para que o leitor possa, a partir da teoria de Waldron (2003; 2006), identificar aonde se encontra a indignidade da legislação brasileira.

Conforme escrito acima, há que se reconhecer que vários são os esforços para a mudança das desigualdades no seio social brasileiro que vem gerando baixa participação política, ausência de auto realização e carência na efetivação de direitos de grupos minoritários e vulneráveis e, sinceramente, espera-se que este trabalho possa trazer alguma contribuição para esta transformação que não pode tanto tardar.

2 A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

Este tópico de abertura do marco teórico da presente dissertação consiste em uma apresentação não exaustiva acerca do pensamento de Jeremy Waldron (2003; 2006) sobre a dignidade dos parlamentos e da função legislativa, para que o leitor se contextualize e compreenda o embasamento inicial que norteará o tratamento da problemática de pesquisa.

O leitor terá a oportunidade de conhecer a teoria de Waldron (2006) contrária à revisão judicial, pelo menos em sua modalidade forte, como meio de robustecer a democracia através da legislação e dos parlamentos que, segundo o autor, é o foro ideal para os debates dos desacordos de uma sociedade. Serão analisadas as quatro premissas sobre as quais o autor constrói sua teoria, suas considerações a respeito de procedimentos ligados a resultados e processos que alcançariam certo grau de satisfação na solução dos desacordos de uma sociedade e as questões ligadas à decisão majoritária, ponto bastante relevante no debate a respeito da revisão judicial.

Ao final do presente capítulo, apresentar-se-ão alguns pontos favoráveis e contrários à revisão judicial distinguidos na obra de Conrado Hubner Mendes (2008) que contribuem para o melhor entendimento da teoria de Waldron (2003; 2006).

2.1 Exposição inicial do pensamento de Jeremy Waldron sobre o tema

Jeremy Waldron (2003; 2006), professor neozelandês, desponta no cenário mundial da Filosofia do Direito e da Filosofia Política em razão de seus estudos e teorias que tratam da dignidade da legislação e dos parlamentos, apontando que estes seriam um meio de fortalecimento da democracia e da participação popular em detrimento de um forte controle judicial típico das democracias constitucionais contemporâneas.

Waldron (2006) traz um contributo ao academicismo quanto às teorias da autoridade e da democracia, teorizando sobre os meios pelos quais as comunidades agem quando seus membros discordam, como é o caso dos direitos LGBTTI e, correlatamente, das famílias homoafetivas.

Sua obra tem nítida intenção de mudança de foco nas discussões entre direito e democracia, saindo do âmbito da jurisdição constitucional para a **prática política**,

acreditando ser o parlamento o local mais adequado para as discussões dos desacordos sociais. Não sendo possível o consenso, Waldron (2003) indica o desacordo como o caminho para a análise de conceitos como Constituição, povo e Democracia. Ele acredita que o constitucionalismo não pode representar apenas o controle do Estado a partir de uma visão negativa, mas que deve, também, representar um controle positivo, como sendo de uma direção que o Estado deve perseguir, um caminho a ser dado pelo povo (WALDRON, 2003).

O filósofo se preocupa com as limitações constitucionais, considerando que estas podem impedir o debate e, conseqüentemente, constituírem-se em uma restrição à implementação de decisões democráticas. Ele afirma que a constituição pode fortalecer a democracia desde que não impeça o debate e a discussão dos temas em desacordo (WALDRON, 2003).

Para Waldron (2003), no constitucionalismo não deve haver limites ao debate e à participação, e **todos os desacordos devem ser resolvidos pelo povo, por meio de seus representantes**. São esses que devem dar a direção que o Estado irá seguir, daí a importância atribuída à legislação e às legislaturas (WALDRON, 2003).

O pensador afirma que a filosofia política e jurídica tem relegado à legislação um papel de diminuta importância como direito, atribuindo-lhe uma má fama que lança dúvidas quanto à sua credibilidade, o que serviria, a seu turno, como justificativa para a exaltação do direito dos tribunais.

Nosso silêncio nessa questão é ensurdecido se comparado com a loquacidade sobre o tema dos tribunais. Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial. Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, Hércules, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório. (WALDRON, 2003, p. 1).

Desse modo, **a legislação tem sido vista como fruto de negociações, troca de favores, intrigas por interesses pessoais e eleitoreiros, e não como uma decisão política com princípios**.

A partir disso, Waldron (2003) afirma que os indivíduos dão força às teorias de revisão judicial autorizadas pelas cartas de direitos, e se calam quanto à sua absoluta incapacidade de lidar com os problemas da democracia, principalmente nas dissensões contramajoritárias. E o senso comum das teorias constitucionais vão

fortalecendo o papel da revisão judicial como meio eficaz para a proteção do direito, reservando ao Legislativo um verdadeiro papel de vilania, transformando a relação entre Judiciário e Legislativo em um embate entre “mocinho e vilão”.

A prática brasileira, mais do que nunca, tem demonstrado a preocupação de Waldron (2003). Apesar de os cidadãos exercerem o direito ao voto e elegerem seus representantes, não se acredita que o parlamento seja capaz de contribuir com seu papel no sistema político brasileiro. Enxerga-se um parlamento corrupto, absolutamente tendente a decisões baseadas em crenças e ideologias pessoais, de forma que a produção legislativa atenda a interesses de poucos e se volte contra os direitos de minorias ou grupos politicamente sem representatividade. Muitas das vezes, diante deste cenário, apostam-se todas as esperanças no Judiciário, como se o mesmo fosse realmente capaz de ajustar referidas distorções.

Nesses termos, o desejo de Waldron, expresso em sua obra “A dignidade da legislação”, é de que se pudesse ver a legislação da melhor forma possível, confira-se:

[...] os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheçam abertamente e respeitem (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípios entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como nossa imagem de legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral de direito. (WALDRON, 2003, p. 3).

2.2 Análise e impressões sobre os pontos principais de seu pensamento

A revisão judicial é ponto central da teoria de Waldron (2006) de maneira que, ao criticá-la, acaba-se por reforçar a defesa da legislação e das legislaturas.

Em seu artigo “*The Core of the Case Against Judicial Review*”, publicado em 2006, ele se dedica ao tema indo ao cerne da questão quando inicia a sua argumentação **ao perguntar se os juízes devem ter autoridade para derrubar a legislação quando estão convencidos de que essa viola os direitos individuais.**

Imediatamente, mesmo reconhecendo algumas decisões judiciais importantes na defesa das minorias contra a vontade da maioria no contexto norte-americano, o filósofo dá a resposta como chave daquilo que irá defender em todo o seu artigo: **a**

revisão judicial é inadequada como modo final de tomada de decisão em uma sociedade livre e democrática (WALDRON, 2006, p. 1348).

Neste sentido, vale a transcrição do pensamento do autor quando se refere a este ponto:

Argumentarei que a revisão judicial é vulnerável ao atrito em duas frentes. Não é, como se afirma frequentemente, um meio para a sociedade se concentrar claramente nas verdadeiras questões em jogo quando os cidadãos discordam sobre os direitos; pelo contrário, distrai-os com questões secundárias sobre precedente, textos e interpretação. E é politicamente ilegítima, no que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a votação da maioria entre um pequeno número de juízes não eleitos e inescrutáveis, exclui os cidadãos comuns e põe de lado princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos. (WALDRON, 2006, p. 1353, tradução nossa).¹

Iniciando a construção de sua argumentação, Waldron (2006) define a revisão judicial, que trata em sua obra, como sendo aquela que recai sobre as legislações emanadas de um corpo numeroso e eleito democraticamente, excluindo aí qualquer revisão que possa recair sobre atos executivos, considerando que sobre estes não residem muita controvérsia quanto à sua regularidade. Chama atenção que muitas são as formas que podem se apresentar à revisão judicial da legislação, iniciando uma distinção entre a denominada **revisão judicial forte**, que deseja atacar, distinguindo-a daquilo que denomina de **revisão judicial fraca**. Em sua teoria, a existência de um Judiciário minimamente organizado é ponto incontroverso, sendo que **o que se torna pernicioso para as sociedades democráticas é a existência de um controle judicial forte**.

O **controle judicial forte** se constitui em um sistema no qual os tribunais têm o poder de afastar a incidência de uma legislação claramente aplicável ao caso ou modificar o efeito de um estatuto para adequá-lo aos direitos individuais, mesmo que a própria lei assim não preconize, emitindo declarações de direito que transformam estas legislações em letra morta (WALDRON, 2006, p. 1354).

¹ I shall argue that judicial review is vulnerable to attrack on two fronts. Is does not, as is often claimed, provide a way for society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedente, texts, and interpretation. And it is politically illegitimated, so far as democratic values are concerned: by privileging majority votinng among a small number of unelected and unaccountable judges, it disfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.

Em contrapartida, no **controle judicial fraco** os tribunais podem analisar se as legislações estão de acordo com os direitos individuais, mas não podem aplicá-las, ou deixar de aplicá-las, porque os direitos individuais seriam de alguma forma violados. O pensador se espelha na realidade britânica na época anterior ao “Brexit” para exemplificar este sistema, dado que nele os tribunais podem emitir uma declaração de incompatibilidade da lei com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, incorporada ao direito interno. A referida Convenção em nada afeta a validade da lei declarada incompatível, mas terá o poder de dar início, no parlamento, a um processo legislativo para revisão daquela. (WALDRON, 2006, p. 1355).

Outra distinção que Waldron (2006) faz entre a revisão judicial forte e a fraca diz respeito à localização dos direitos individuais no sistema hierárquico das normas de determinado país. Ele afirma que a maioria dos casos de revisão judicial forte será encontrada nos países em que os direitos fundamentais estão elencados nas normas constitucionais, transformando a revisão judicial em uma revisão constitucional. É com base nesta revisão judicial forte, constitucional, que o filósofo constrói sua teoria.

Ele esclarece que, dentro de seu trabalho, considera apenas a revisão judicial feita exclusivamente sobre leis promulgadas, e não a revisão judicial *ex ante*. Nessa, haveria um momento anterior à votação e à promulgação da legislação em que os tribunais se manifestariam a respeito do projeto de lei abstratamente, e não no caso concreto como se dá no sistema de revisão por leis promulgadas e vigentes.

Por fim, deve-se considerar que a revisão judicial poderá ser feita por tribunais comuns ou tribunais constitucionais (leia-se controle de constitucionalidade difuso ou concentrado no sistema constitucional brasileiro). Waldron (2006) acredita que tribunais constitucionais talvez possam fazer melhor o trabalho da revisão, embora indique que a prática tem demonstrado que, nestes casos, essas Cortes de Justiça estariam muito mais preocupadas com suas próprias doutrinas e precedentes a ditar o direito do que com o direito advindo da legislação.

É de suma importância compreender o cenário social para o qual Waldron (2006) trabalha a sua teoria contrária à revisão judicial. Ele afirma que sua tese pode carecer de fundamentos caso não se observe quatro premissas, quais sejam:

- a) instituições legislativas democráticas em razoável bom funcionamento com membros eleitos por sufrágio universal;

b) instituições judiciais igualmente em bom funcionamento com base não representativa para resolver ações individuais, resolver disputas e sustentar o estado de direito;

c) **compromisso da maioria dos indivíduos desta sociedade com os direitos individuais e de minorias** e, por fim,

d) um desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre os direitos entre os membros desta sociedade que estariam comprometidos com a ideia de direitos.

Trabalhar-se-á, separadamente, com cada uma destas premissas.

A primeira delas diz respeito às instituições democráticas legislativas no seio de uma sociedade igualmente democrática que luta contra o poder de qualquer forma ditatorial. Esta sociedade se baseia em um sistema político amplamente democrático, com eleições justas e regulares, mediante a escolha de representantes pelo voto universal adulto. **A legislatura desta sociedade é composta de um grande corpo acostumado a lidar com situações complexas de justiça e política, havendo amplo debate, incluindo, às vezes, a participação direta do povo. Neste sistema, os legisladores verdadeiramente representam o pensamento de seus eleitores, cedendo em algumas ocasiões a interesses e opiniões mais amplos, incluindo o pensamento político partidário.**

Ainda quanto a esta primeira premissa, ela se desenvolveria em uma sociedade não só com valores democráticos, mas, também, com **valores de igualdade política**. Supõe-se que o parlamento desta sociedade está em constante vigilância quanto aos procedimentos adotados, visando, inclusive, à manutenção desta igualdade e tomando iniciativas de reformas, incluindo as políticas/eleitorais, quando referidos processos não a favoreçam.

A segunda premissa se refere às instituições jurídicas. A teoria de Waldron (2006) condiciona a dignidade da legislação à existência e ao bom funcionamento de tribunais politicamente independentes para o processamento de ações que garantam a manutenção da regra da lei. Supõe-se que estas instituições são compostas, em sua maioria, por membros não eleitos e sem representatividade, e que, possuindo alto *status* político, estejam livres das pressões políticas específicas, que ajam mediante provocação na lógica binária/adversária, tomando suas decisões com base no caso concreto, e que exista um sistema de hierarquia e recursos com

um tribunal superior que trate de casos no mais alto nível de apelação (WALDRON, 2006, p. 1363).

Como terceira premissa, **supõe-se uma sociedade na qual a maioria dos indivíduos tenha um forte compromisso com os direitos individuais e de minorias.**

Mesmo que esta sociedade acredite na vontade da maioria como princípio geral da política, ela aceita que existem direitos individuais e liberdades que não devem ser negadas pelo simples fato de não serem convenientes para a maioria. Nesse corpo social, acredita-se, ainda, que minorias têm o direito a certo grau de apoio e reconhecimento que não se deve medir pelo seu número ou peso político. Na realidade, supõe-se aqui uma sociedade com alta consciência de defesa de direitos humanos e que tenha incorporado à sua legislação uma carta de direitos (WALDRON, 2006, p. 1364).

Neste sentido, julga-se pertinente a transcrição de parte do pensamento desenvolvido por Waldron sobre essas ideias:

Presumo que há um forte compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade que estamos contemplando com a ideia de direitos individuais e minoritários. Embora acreditem na busca do bem geral sob uma ampla concepção utilitarista, e embora acreditem na regra da maioria como um princípio geral grosseiro para a política, eles aceitam que os indivíduos têm certos interesses e têm direito a certas liberdades que não devem ser simplesmente negadas porque seria mais conveniente para a maioria das pessoas negá-las. Eles acreditam que as minorias têm direito a um grau de apoio, reconhecimento e isolamento que não é necessariamente garantido por seus números ou por seu peso político. (WALDRON, 2006, p. 1364, tradução nossa).²

Neste ponto, Waldron (2006) chama atenção para uma possível incoerência em sua teoria, que na realidade não passa de um mal-entendido com tudo o que ele tem prelecionado nos últimos tempos. Na realidade, a oposição à revisão judicial não é uma luta contra direitos, mas apenas uma nova visão sobre eles. Segundo o pensador, sua teoria contra a revisão judicial tem fortes bases e compromisso com os direitos (WALDRON, 2006, p. 1366).

² I assume that there is a strong commitment on the part of most members of the society we are contemplating to the idea of individual and minority rights. Although they believe in the pursuit of the general good under some broad utilitarian conception, and although they believe in majority rule as a rough general principle for politics, they accept that individuals have certain interests and are entitled to certain liberties that should not be denied simply because it would be more convenient for most people to deny them. They believe that minorities are entitled to a degree of support, recognition, and insulation that is not necessarily guaranteed by their numbers or by their political weight.

Por fim, a quarta premissa da teoria de Waldron (2006) contra a revisão judicial é o desacordo sobre direitos. Ele esclarece, de antemão, que estar em desacordo com os direitos não implica, necessariamente, a falta de compromisso com eles, pelo contrário, o desacordo pode se dar entre indivíduos que levam o direito a sério e que tenham aderência a ele, como é o caso de defensores da liberdade de pensamento e manifestação *versus* aqueles que defendem a proibição ao discurso de ódio racial ou, ainda, para citar outros exemplos, os casos ligados ao aborto, às ações afirmativas, à redistribuição de renda, à intervenção estatal na economia, aos direitos de suspeitos de crimes, etc.

Apesar de ser possível supor a existência de um desacordo por ignorância daqueles que não entendem a força e a importância do direito, ou mesmo por pessoas mal-intencionadas que não se importam com o direito, **Waldron (2006) supõe a sua existência em um contexto de boa-fé.** O desacordo envolve questões sérias, acerca das quais não se pode esperar, de toda forma, um consenso, mas isso não quer dizer que o desacordo seja fruto da ignorância, da perversidade, da luta por poder, *status*, ganho econômico ou mesmo fruto do relativismo moral (WALDRON, 2006, p. 1368).

Como exposto, o desacordo não impede uma declaração de direitos que, mesmo promulgada, não impedirá o desacordo por sua vez. **Conceder a solução do desacordo em matéria de direito à revisão judicial é limitar a capacidade democrática de confrontação direta na solução destes desacordos.**

Chega-se ao ponto em que se concorda que os membros da sociedade estão comprometidos com o direito, mas discordam sobre os direitos. A necessidade de uma solução para este impasse não faz, por si só, que a discordância desapareça, por isso mesmo é necessário que seja criada uma ação para a solução. Waldron (2006) acredita que esta deve se dar no calor dos desacordos.

2.3 Processos decisórios satisfatórios para os desacordos de direito

Waldron (2006) está convencido que para o fortalecimento da democracia, referidos desacordos sobre os direitos devem se dar no âmbito do Legislativo e não do Judiciário, pela revisão judicial, e, para isso, acredita na necessidade de processos decisórios legítimos, sem os quais não será possível a solução dos desacordos.

De antemão, Waldron afirma que não existem processos de decisão perfeitos, seja no Legislativo ou no Judiciário, e tanto em um quanto em outro, algumas vezes, o processo pode violar direitos quando deveria defendê-los, mas que isso é um fato da vida política e não só da democracia (WALDRON, 2006, p. 1372).

Com esta preocupação, Waldron (2006) passa a considerar quais as razões que precisam ser levadas em consideração para a construção de um procedimento satisfatório para a solução dos desacordos sobre direitos, caminhando para as considerações relacionadas a resultados e aos processos.

Nas tomadas de decisão, as razões relacionadas a resultados têm como objetivo perseguir o melhor resultado possível, ou nos dizeres de Waldron (2006, p. 1373), uma decisão boa, justa ou correta. Convém ressaltar que, em se tratando de direitos, os maus resultados representam a sua própria violação.

Segundo o autor, é tentador acreditar que, quanto aos resultados, os tribunais trabalhariam melhor que as legislaturas, mas isso não passaria de um engano, pois apesar de haver casos em que realmente os tribunais poderiam trabalhar melhor como, por exemplo, nas questões binárias, haverá, por sua vez, questões em que os mesmos não teriam mais aptidão do que as legislaturas, como nos casos de desacordos de direitos multifacetados (WALDRON, 2006, p. 1373).

Outro ponto acerca dos resultados seria a **influência de pressões externas e interesses sectários a incidirem sobre a tomada de decisão**. Neste ponto, alguns também acreditarão que o Judiciário teria melhores condições de alcançar o melhor resultado. Em contra argumentação, Waldron (2006) evoca sua terceira premissa, o compromisso com os direitos, incluindo os de grupos minoritários, destacando que as decisões judiciais não estão livres das pressões e interesses sectários, citando diversos julgados das cortes norteamericanas, que segundo ele, representariam negligência judicial de direitos (WALDRON, 2006, p. 1377).

Ainda quanto aos resultados, Waldron (2006) disserta sobre três pontos que, segundo ele, favorecem a tomada de decisão pelo Legislativo – ao contrário do senso comum que atribuiria melhores resultados ao Judiciário. São eles: a) apresentação aos tribunais dos desacordos de direito **em casos específicos**; b) abordagem das questões de direitos orientadas por um texto de uma Carta de Direitos feita pelos tribunais e, c) que o raciocínio das deliberações desempenha um papel proeminente nas decisões judiciais.

Em defesa do Judiciário, no primeiro ponto, é exposta a dificuldade do Legislativo, seja no debate ou nas votações, em identificar que as normas a serem promulgadas poderão apresentar algum problema de direito por ocasião da sua aplicação, o que seria mais fácil para o Judiciário por este trabalhar com casos concretos, em que há pessoas de carne e osso.

Em contra argumentação, Waldron (2006) afirma que quando os casos são submetidos às mais altas instâncias judiciais, as mesmas também perdem o caráter individual, não havendo mais personalidade nas questões de desacordos submetidas aos tribunais, transformando-os em questões abstratas do direito em disputa. Afirma que as legislaturas têm plenas condições de promoverem a resolução dos desacordos a partir de casos concretos, principalmente casos notórios, através de lobby, audiências públicas e debates. No caso brasileiro, isto é evidenciado em leis inspiradas nos casos Daniella Perez (Lei de Crimes Hediondos – Lei n. 8.930/1994); Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006); Carolina Dieckmann (Lei n. 12.737/2012), etc.

O desacordo orientado por uma carta de direitos seria o segundo ponto trabalhado por Waldron (2006), que constrói seu pensamento para uma sociedade orientada por uma carta de direitos. Qual seria o papel a desempenhar de uma carta de direitos quanto à solução do desacordo? Do ponto de vista relativo a resultados, deve o desacordo ser debatido com base em uma carta de direitos?

Neste ponto, deve-se ter em mente que o autor contrói sua teoria com base em uma sociedade que tenha os direitos individuais e de minorias assegurados em uma carta de direito, como no caso brasileiro, no qual há uma carta de direitos integrada ao próprio texto constitucional. Waldron (2006), neste ponto de sua teoria, está supondo que a revisão judicial se dará com base nesta carta de direitos e se endagando até que ponto os desacordos quanto aos direitos devem ser orientados por ela.

O problema aqui é a interpretação que se dá à carta de direitos, podendo apresentar pontos positivos e pontos negativos na solução dos desacordos. Aqui, o autor acredita que a obsessão interpretativa da carta de direito promovida pelo Judiciário se apresenta como uma desvantagem frente ao Legislativo. Referida interpretação desfocaria as questões morais do desacordo, cerne principal da tomada de decisão, para focar-se na própria interpretação da carta de direitos, até mesmo como meio de legitimação da decisão judicial.

Ainda quanto à tomada de decisão dos desacordos com base na carta de direitos, tem-se o inconveniente não só da interpretação judicial dos direitos incluídos, mas também dos direitos que não foram incluídos na carta. A partir desta omissão, a interpretação judicial poderia invalidar leis que não deveriam ser invalidadas com base na omissão de direitos da carta de direitos (WALDRON, 2006, p. 1382).

Por fim, o terceiro ponto diz respeito à exposição das razões pelo Judiciário na tomada de decisão. Neste ponto, os defensores da revisão judicial enaltecem a atuação judicial sob a alegação que suas decisões são explicitamente fundamentadas, ao contrário das decisões do Legislativo. Na realidade, Waldron, mais uma vez, alerta para o engano deste pensamento, pois igualmente ao Judiciário, as tomadas de decisão do Legislativo são devidamente fundamentadas, quando os membros dos parlamentos dão razões a seus votos por meio dos debates e pareceres (WALDRON, 2006, p. 1382).

Em complemento ao segundo ponto, o autor reafirma que, muitas vezes, as razões lançadas pelos tribunais se focam muito mais em comprovar a legitimidade de suas decisões, evocando precedentes, doutrinas e argumentações interpretativas do que nas questões morais envolvidas no desacordo que, via de regra, são deixadas às margens de suas razões. Neste aspecto, segundo Waldron, **o Legislativo teria maiores condições de abordar as razões que realmente importam para o direito em desacordo, como o que acontece em países de fraca revisão judicial ou mesmo sem revisão judicial** (WALDRON, 2006, p. 1382).

Comprovando a excessiva valorização das razões judiciais, Waldron (2006) cita a realidade da advocacia que é treinada para fundamentar seus casos na doutrina, jurisprudência e precedentes, ignorando por completo as razões que são lançadas pelo parlamento por ocasião dos debates Legislativos das leis evocadas em suas petições.

Por sua vez, quanto às razões relacionadas ao processo, Waldron (2006) acredita que é possível enxergar, mais facilmente, que esta favorece ao Legislativo, e não ao Judiciário. Muitas vezes, **é possível que um indivíduo aceite de forma mais fácil a tomada de decisão, mesmo que contrariamente a seus interesses, quando está ciente do processo pelo qual se chegou àquele resultado e não necessariamente pelas razões que levaram ao mesmo.**

Didaticamente, o autor exemplifica a questão com a situação de um indivíduo denominado por ele de C, sobre o qual recai uma obrigação que ele não concorda, podendo se perguntar: por que eu tenho que obedecer a tal decisão? Waldron (2006) acredita que convencer C a obedecer a decisão seja mais fácil quando demonstrado a ele que ela advém de um processo em que foram observados a participação de todos, inclusive daqueles que, igualmente a ele, discordam da decisão.

De toda forma, C ainda poderia indagar a respeito da legitimidade da tomada da decisão, já que ele não participou diretamente, ou até mesmo pelo fato de não se ter dado mais importância ou peso ao pensamento daqueles que, como ele, não concordam com referida decisão.

Quanto a estas indagações, Waldron (2006) evoca os princípios da democracia representativa, em que todos devem se sentir representados pelos corpos Legislativos, por serem formados por eleições nas quais todos podem participar, inclusive C. E, para a questão de consideração de mais importância ao pensamento daqueles que não concordam com a decisão, o autor evoca, por sua vez, o princípio da decisão da maioria (WALDRON, 2006, p. 1387).

Mais uma vez, Waldron (2006) alerta que os processos de tomada de decisão, incluindo o processo legislativo, não são perfeitos; no entanto, não se pode esquecer da primeira premissa dada pelo próprio autor como base para sua teoria contrária à revisão judicial, **na qual é necessário que a sociedade mantenha um poder Legislativo em bom estado de funcionamento, que mantenha sempre vigilante e em renovação não só o próprio processo legislativo mas, também, o processo eleitoral.**

Para o Judiciário responder às indagações de C, referentes aos motivos pelos quais ele deve cumprir uma decisão com a qual não concorda e por que não se dá mais peso às opiniões dos juízes que, como ele, não concordam com a tomada de decisão, é bem mais difícil.

Os defensores da revisão judicial alegam legitimidade ao processo da tomada de decisão pelo Judiciário se baseando no fato de os juízes serem escolhidos por representantes eleitos, como no caso brasileiro, pelo Presidente da República e os senadores.

Quanto à tomada de decisão pelo voto da maioria, Waldron (2006) afirma ser mais complicado para os defensores da revisão judicial se justificarem, afinal, com número reduzido de juízes, mesmo que produzam razões para seus votos, a decisão

não passaria de um contar de cabeças conforme acusam a decisão majoritária legislativa.

2.4 A questão da decisão majoritária

Outro ponto importante presente no pensamento de Jeremy Waldron (2006) refere-se à análise da chamada “decisão majoritária”. Anteriormente ao seu artigo sobre a revisão judicial, já havia discorrido longamente a respeito da decisão majoritária em “A Dignidade da Legislação”, voltando a ela já que, muito comumente, os defensores da revisão judicial a evocam como uma de suas grandes defesas.

Como dito, o autor está convencido de que a direção da sociedade deve ser feita pelo povo por meio da legislação e da legislatura. Mas não basta dizer quem deve fazer a direção, é preciso discorrer sobre o modo de fazê-la, e, para ele, este modo se dá pela decisão majoritária.

Como ele bem observa (WALDRON, 2006, p. 1395), é comum acusar a decisão majoritária de arbitrariedade e tirania e, para os críticos que se filiam a esse raciocínio, a decretação de uma lei, e, conseqüentemente, a concessão de sua autoridade, se daria pela simples contagem de cabeças e não pelo uso da razão, diferentemente dos tribunais que tomariam suas decisões por meio do exercício desta. Para o autor, na realidade, a diferença da decisão por voto majoritário no Legislativo e no Judiciário seria uma questão de representação e não de método, já que ambos a utilizam. Em um corolário lógico, tanto a decisão majoritária do Legislativo quanto a do Judiciário deveriam ser consideradas arbitrárias, não bastando a justificativa do uso da razão, em defesa da decisão judicial, como ainda será visto em momento oportuno.

A ideia de tirania das decisões majoritárias faz com que os defensores da revisão judicial vejam neste sistema uma forma constante de vigilância do Legislativo pelo poder Judiciário, indagando-se a respeito das garantias que as minorias poderiam ter frente à tirania da maioria (WALDRON, 2006, p. 1395).

Tal argumento, segundo o filósofo, é no mínimo confuso, pois toda decisão tomada no desacordo de direito pode parecer tirânica ao vencido, mesmo aquelas tomadas pelas majorias em cortes judiciais. No entanto, como já dito aqui, não existem instituições e processos de tomada de decisões perfeitos, todas as

instituições, inclusive as consideradas democráticas, podem errar, e este erro pode se manifestar através de decisões erradas em forma de tirania da maioria.

Para Waldron (2006), a decisão da maioria é que afastaria a tirania das decisões, pois no processo de decisão pelos corpos Legislativos a opinião da minoria vencida foi seriamente levada em consideração no ambiente de debate onde todos foram tratados como iguais (ou ao menos, deveriam!). É justamente o princípio da decisão majoritária que afasta a tirania da tomada de decisões.

Para melhor elucidação de seu pensamento, o autor propõe que o leitor faça a distinção entre uma maioria decisional de uma não decisional e de uma minoria decisional de uma não decisional, sendo que tanto as maiorias e minorias não decisionalis são aquelas que estão com seus direitos em jogo e que o autor chamou de maiorias e minorias tópicas (WALDRON, 2006, p. 1397).

Neste contexto, uma maioria decisional poderia fomentar privilégios a uma maioria tópica, não havendo possibilidades que uma minoria decisional lute contra isso a favor de uma minoria tópica. Isso aconteceria quando uma maioria decisional de orientação heterossexual nega direitos a uma minoria tópica de orientação homossexual e a minoria decisional não consegue refutar nos fóruns de debate e decisão. Esses são casos que Waldron (2006) acredita que ensejam preocupação.

Para o filósofo, o simples fato de um direito de uma minoria tópica estar em jogo e ser negado em um foro de deliberação e votação pela maioria decisional não transforma a decisão da maioria em tirânica. Para que possa ser feita esta afirmação, **Waldron (2006) entende que deveria ser provado que a decisão estava errada e que os vencidos em referida votação eram membros da minoria tópica diretamente atingidos pela decisão errada.** O fato de uma minoria decisional não ter conseguido êxito em suas argumentações não torna a decisão da maioria tirânica, até por que a minoria tópica pode se julgar detentora de um direito que na realidade não tem.

Waldron (2006) não nega a possibilidade da existência da tirania da maioria, apenas não acredita que a simples derrota das minorias decisionalis nos foros de debates e decisões representem esta tirania. Tal pensamento faz todo sentido quando se recorda da terceira premissa sobre a qual é construída a teoria contrária à revisão judicial de Waldron (2006): **uma sociedade em que as pessoas, mesmo discordando quanto aos direitos, os levam a sério.**

Com base nesta premissa, é perfeitamente possível que uma maioria decisional defenda direitos de uma minoria tópica, como é o caso de maiorias decisoriais de orientação heterossexual que podem defender um direito de uma minoria tópica de orientação homossexual. Há muitos negros que defendem ações afirmativas, mas existem muitos brancos que também o fazem. Existem muitas mulheres que defendem o aborto, mas existem muitos homens que também o fazem (WALDRON, 2006, p. 1400).

Outro problema apontado pelos críticos das decisões majoritárias é a inconstância e a incoerência das leis votadas a partir das alterações dos grupos de interesses, e não segundo a mutabilidade das mentes dos homens ou do estado das coisas. Essa inconstância pode ocorrer quando o grupo vencido em uma votação aguarda reunir mais votantes de igual opinião e, posteriormente, traz o tema à nova votação obtendo-se novo resultado.

Waldron (2006), no entanto, demonstra que não há fundamento na crítica da arbitrariedade das decisões por votação majoritária, pois os mesmos que a criticam e creem que esta arbitrariedade é fundamento fortalecedor das cartas de direito e da revisão judicial, são os que se esquecem que os tribunais, pelo menos em sede de recurso, também tomam suas deliberações por meio de decisões majoritárias. Não sendo possível o consenso nas cortes, mesmo após o debate, suas decisões são tomadas a partir do voto majoritário, e aqui não há a acusação de arbitrariedade.

O debate é a chave para a legitimidade da votação majoritária, ao contrário do afirmado por muitos teóricos deliberativos que acreditam que a contagem de votos seria o fracasso da democracia representativa. Para estes, o ideal a ser perseguido é da unanimidade, pois, após um debate longo e maduro, entre indivíduos de boa-fé, todos deveriam ser convencidos da resposta certa, o que levaria os debatedores a uma mesma visão de bem e, logo, a uma votação unânime. Se há um debate profícuo, com argumentos racionais, e mesmo que ao final não se chegue a um denominador comum, há aí uma falha no sistema de deliberação representativa, logo supõe-se que o dissenso entre maioria e minoria é motivada por interesses individuais cegos ao bem comum.

Waldron (2006) não concorda com esta visão, defendendo que o processo da decisão majoritária não seria apenas eficaz, mas, também, um processo respeitoso, pois consideraria a opinião de todos os envolvidos no debate, suas convicções de bem e de justiça. A discordância quanto a estas convicções não pode e não deve

ser vista como ausência da razão ou como algo antinatural, mas, ao contrário, havendo no mundo várias pessoas, várias serão as inteligências trabalhando nos problemas que são apresentados para o debate. No mais, Waldron (2006, p. 1400) insiste que o processo deliberativo majoritário não só respeita a opinião de todos, mas lhe dará o mesmo valor, igual respeito e consideração.

Outro ponto de destaque no que se refere às decisões majoritárias, é a afirmação, por boa parte dos teóricos políticos, que este sistema seria evidente e/ou natural. É dizer que, não se podendo alcançar a unanimidade, ou sendo muito improvável de ser obtida nas mais simplórias tomadas de decisão por grupos, o “natural” ou “evidente” seria a tomada de decisão por meio da maioria de seus membros.

Depreende-se daí, segundo o pensador, o questionamento acerca da referida naturalidade ajudar na busca de uma reflexão filosófica respeitável para a tomada de decisão pelo sistema da maioria. Para responder a essa indagação, ele se vale da teoria de John Locke, que se utiliza de uma concepção da ciência natural para explicar o princípio majoritário (WALDRON, 2003, p. 158).

Locke (apud WALDRON, 2003), em sua Segunda Tese, afirma que as pessoas individualmente resolvem formar uma comunidade (corpo) e a partir daí, havendo necessidade do deslocamento de tal corpo, o mesmo só poderá se dar pela vontade da maioria, pelo menos enquanto um corpo coeso que não se desfaz, o que fará com que a minoria não se desprenda deste corpo mesmo não tendo concordado com a direção que ele tomará pela vontade da maioria.

Waldron (2003) acredita que Locke se utiliza da física ou da ciência natural para tentar explicar a decisão majoritária. Enquanto corpo físico ou corpo político, o mesmo tende à direção daquele que faz maior força, ou seja, da maioria.

Essa visão fisicalista fundamenta a decisão majoritária, segundo Waldron, se baseia em três pressupostos (WALDRON, 2003, p. 159).

Primeiro, que o corpo, mesmo havendo vários membros querendo seguir direções diferentes, tende a seguir a direção ditada pela maioria sem se romper, continuando o movimento como um corpo unido, ou seja, na política é de suma importância para a decisão majoritária que a minoria vencida permaneça unida, mesmo diante da derrota na votação, em prol da manutenção do próprio corpo. Não haveria legitimidade da decisão majoritária se a minoria vencida rompesse com o corpo político questionando referida decisão.

Segundo, que não haverá um meio termo na direção do corpo para se atender a alguma demanda dos membros minoritários, ou seja, se a maioria dos membros deseja seguir para o norte e uma minoria para o oeste, o corpo seguirá como um todo para o norte e não para o noroeste.

Terceiro, que o peso ou força de cada membro do grupo são iguais, não sendo possível que a força de um dos membros equivalha a dois membros que queiram seguir em outra direção.

Um dos problemas desta visão fiscalista é se utilizar, exclusivamente, de números para medir a força dos membros do grupo a ditar a direção. No entanto, não se pode esquecer que dentro do grupo poderá haver membros mais habilidosos ou talentosos que consigam influenciar a decisão majoritária além do critério exclusivamente numérico. Por isso, Waldron (2003) não considera prudente qualquer explicação da fundamentação da decisão majoritária pelo método fiscalista.

Ainda segundo o filósofo, o ponto de maior falibilidade na teoria fiscalista talvez seja o argumento a favor da coesão do corpo político. O próprio Locke (apud WALDRON, 2003) afirma em sua teoria que é certo que o corpo se manterá coeso, mas que não conseguiria explicar como. Não será necessário apenas convencer a minoria derrotada a aderir à vontade da maioria, o mais importante é despertar a minoria derrotada para o desejo de manutenção da coesão do corpo. Só a partir daí seria possível justificar a adesão da minoria à vontade da maioria. Permanecendo neste ponto a grande indagação quando a teoria fiscalista de Locke (apud WALDRON, 2003): por que a minoria deverá se sentir obrigada pela vontade da maioria?

Em suas reflexões, Waldron (2003) afirma que Locke pode não ter tido a intenção de usar em seu texto “força” e “movimento” como uma força física, ao revés, utilizaria o termo força no sentido de uma **física do consentimento individual**, e não da força ou poder individual. E a **física do consentimento** traz consigo a força moral e não a força física propriamente (WALDRON, 2003, p. 166).

Na visão de Locke, a justificativa da decisão majoritária se seguiria à formação do contrato social, pois nesse os indivíduos já se obrigam com vistas à implementação de instituições legislativas, o que exige consentimento por tratar-se de um contrato entre homens livres, iguais e independentes (LOCKE apud WALDRON, 2003, p. 166).

Com a formação da comunidade, os indivíduos devem se preocupar em como estabelecer a sua legislatura e nas mãos de quem entregá-la. Não havendo respostas unânimes para tais indagações, a opinião de cada indivíduo tende a empurrar o corpo social para determinada direção, todavia mediante um pensamento lógico, baseado na razão, sobre o consentimento e não mais pela força.

Esse pensamento soluciona um dos problemas apontados por Waldron (2003) na teoria fiscalista, pois o contrato social seria a fundamentação para que o corpo permanecesse coeso, mesmo diante da minoria vencida. No mais, como todos sabem que a unanimidade não tem como ser alcançada nas deliberações, principalmente em corpos legislativos numerosos, ninguém poderá condicionar a sua permanência no corpo somente quando suas ideias forem as vencedoras no debate. Dessa forma, o consentimento original dado no contrato social desempenharia, na teoria Lockeana, um papel relevante na fundamentação a favor da decisão majoritária (WALDRON, 2003, p. 169).

Contudo, Waldron (2003) destaca a ideia de Locke a respeito da limitação moral que sofre a legitimidade por consenso, de maneira que não podem os indivíduos consentir sobre algo que não possuem permissão moral para fazê-lo. Dentro de uma ideia jusnaturalista, há direitos inalienáveis que não se pode conceber que alguém racionalmente renuncie a eles ou mesmo que tenha o direito de renunciá-los.

2.5 Parlamentos *versus* Cortes

Sobre essa temática, apresenta-se pertinente o trabalho desenvolvido por Conrado Hubner Mendes (2008a), que dedicou grande parte de seus estudos ao tema do constitucionalismo e das decisões majoritárias, tendo obtido título de mestre e doutor pela Universidade de São Paulo, trabalhando os referidos temas. Suas obras trazem grande contribuição ao assunto.³

Mendes (2008a; 2008b) enumera em sua obra um rol bastante vasto de argumentos contra e a favor da legislação e dos parlamentos, bem como fundamentos contra e a favor aos juízes e cortes, até porque, em seus estudos,

³ A dissertação de mestrado do prof. Conrado Hubner Mendes foi defendida em 2004 e foi publicada pela Editora Elsevier em 2008 com o título "Controle de Constitucionalidade e Democracia", e sua tese de doutorado, defendida em 2008, foi publicada em 2011 pela Editora Saraiva com o título "Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação".

conclui por uma teoria do diálogo, recusando os extremos das teorias favoráveis e contrárias à revisão judicial.

O presente trabalho valer-se-á dos principais argumentos a favor da legislação e dos parlamentos e dos principais argumentos contrários às cortes e juízes.

O primeiro destes argumentos parte do pressuposto de que os parlamentos representativos são o que de mais próximo se chegou do ideal de democracia nos estados modernos, mesmo a manifestação da vontade do povo sendo indireta (MENDES, 2008b, p. 80). É claro que o sistema de representação não é perfeito, o que, inclusive, já foi afirmado por Waldron (2006). Todavia, nos estados modernos, não sendo possível uma participação direta de todos os cidadãos, o sistema representativo é o que, aparentemente, melhor fomenta a participação, não só através das eleições, mas da vida política dos parlamentos através dos legisladores eleitos, que representam a vontade popular.

Na realidade, Mendes defende, com base no pensamento de Nádía Urbinati, que a democracia representativa é uma evolução da democracia direta, pois aquela está isenta dos imediatismos desta, havendo na primeira mais probabilidade de reflexão acerca dos desacordos (URBINATI apud MENDES, 2008b, p. 82-83).

A competição política incentivada pelo sistema de composição do parlamento representativo no qual os cidadãos podem aceitar ou rechaçar seus representantes, bem como há a permissão a qualquer um do povo de votar e ser votado, também se apresenta como argumento favorável ao parlamento.

Como argumento favorável, a forma de decisão dos parlamentos, segundo o autor, estimularia o compromisso e a acomodação de extremos e não a polarização, devido a sua melhor capacidade de coletar informações, avaliar questões técnicas de todos os lados envolvidos, considerando a multiplicidade de interesses em jogo, não estando engessado pela lógica adversarial dos tribunais.

Ainda em termos de argumentos favoráveis, o autor afirma que a decisão majoritária é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade (MENDES, 2008b, p. 84). Com citação expressa à obra de Waldron, quando este trata sobre a física do consentimento em Locke, Mendes (2008b) assinala que a decisão majoritária é a única que leva a sério o pensamento de todos os envolvidos no processo de decisão, tratando-os com absoluta igualdade, permitindo que a opinião de cada um tenha um peso igual (ao menos, é o que o se

deseja, até para que sejam evitadas situações de invisibilidade de representação e consequente exclusão do processo civilizatório).

Em complementação aos argumentos favoráveis ao parlamento e às legislaturas, Mendes prossegue enumerando alguns argumentos contrários às cortes e aos juízes (MENDES, 2008b, p. 85).

O primeiro deles refere-se à falsa ideia que as cortes protegem os princípios da democracia por estar fora da política. Muitos defensores do constitucionalismo acreditam em um sistema meramente procedimental de uma democracia, com foco no Legislativo, como se não houvesse por parte dos parlamentos nenhum amor à justiça, mas, somente, ao processo, de forma que não haveria compromisso com os direitos.

Neste ponto, como já lembrado por Waldron (2006), se confunde teoria da justiça com teoria da autoridade, confundindo-se as indagações “o que deve decidir” com “quem deve decidir”. Afirmar que o parlamento não deve ter um controle externo, afirma Mendes (2008), não significa conceder uma carta branca ao Legislativo. No mais, não se pode afirmar (e a prática tem mostrado isso) que os riscos da política têm sido eliminados pela atuação funcional das cortes (MENDES, 2008b, p. 86).

Ainda quanto a este primeiro argumento, o autor afirma que é igualmente falsa a ideia que as cortes estão fora da política, isentas de pressões externas, o que lhes propiciaria melhores condições de encontrarem a resposta certa. Na realidade, as decisões judiciais, principalmente no concernente à interpretação constitucional, não põe fim ao desacordo, mas apenas acresce uma interpretação com alto custo para a democracia (MENDES, 2008b, p. 86).

Como segundo argumento crítico à atuação das cortes, Mendes (2008b, p. 87), observa que, moralmente, não se pode afirmar (e, empiricamente seria uma afirmação falsa) que as cortes protegem minorias. Tais argumentos são mais complexos que a acusação da tirania da maioria, pois como já foi visto em Waldron (2006), o debate sincero, em um ambiente onde há um verdadeiro respeito aos direitos, não faz com que a derrota decisional da minoria seja uma tirania da maioria, afinal a minoria pode não estar certa quanto ao direito que ela julga ter.

Verdadeiramente, o autor defende que independente do processo adotado, tanto o parlamento quanto as cortes podem tomar decisões tirânicas, ocorrendo todas as vezes que a decisão errada for tomada (MENDES, 2008b). Correndo-se o

risco da tirania da maioria nas decisões do parlamento ou das cortes, melhor seria que cada cidadão ostentasse um *status* de agente moralmente autônomo com suas opiniões sendo levadas em consideração em um ambiente de iguais.

Um terceiro argumento parte do pressuposto de que a Corte não é emissária do poder constituinte e tal afirmação pode, na realidade, encobrir um agente político que moralmente também faz opções erradas. Quando o constituinte originário cria seus comprometimentos com o direito, sem poder precisar com exatidão suas consequências práticas, isso não induz que ele tenha concedido sua proteção às cortes, sendo possível que nos desacordos destes comprometimentos a decisão continue nas mãos do povo.

Em outro argumento, Mendes (2008b, p. 89) rejeita a ideia de que as decisões das cortes poderiam ser afastadas pelo Legislativo através de emenda constitucional ou nova ordem constitucional, afirmando tratar-se da concessão de um encargo muito gravoso aos parlamentos. Tais medidas são desproporcionais e fazem com que a participação popular ocorra em extremos, o que mais uma vez enfraquece a democracia, considerando que um regime de autogoverno deve ser algo cotidiano.

Argumenta, ainda, que a revisão judicial não é decorrência necessária do Estado de Direito e as cortes não devem ter exclusividade na interpretação da Constituição (MENDES, 2008b). A última palavra pode ser do parlamento. Não procede a afirmação que a Constituição, para ser suprema, precisa de um sistema de revisão judicial, o que se prova tanto pelas leis inconstitucionais não questionadas, quanto pela tomada de decisão errada das cortes.

E, prossegue argumentando que, igualmente é falsa a afirmação de que o controle de constitucionalidade seja mera sistemática advinda da dinâmica da separação de poderes, não se negando, aqui, a sua importância. Apenas acredita-se que quando as cortes (constitucionais, em especial) têm a última palavra, haverá possível desconfiguração de políticas públicas pensadas pelo Legislativo, além, é claro, do próprio enfraquecimento da democracia conforme tudo que já foi exposto.

Mendes (2008b, p. 91) também aponta a falsa ideia que as cortes poderiam ter maior possibilidade de acerto por tratar de controvérsias a partir de casos concretos como se isso não ocorresse no Legislativo. No parlamento, os debates e as votações podem acontecer a partir de casos concretos, isso já foi demonstrado,

inclusive com exemplos reais no caso brasileiro⁴. Na realidade, Mendes (2008b), assim como Waldron (2006), acredita que o parlamento estaria em situação de vantagem frente às cortes na percepção da realidade, tendo maiores condições de captar a realidade de vários grupos sociais.

Outro argumento contrário às cortes, na obra de Mendes (2008b), é a ausência de representatividade deliberativa e argumentativa das cortes, tratando-se de juízes de uma elite profissional não eleita e, conseqüentemente, sem representatividade.

Tal argumento também foi trabalhado por Waldron (2006) e, igualmente, Mendes (2008b) acredita que há uma idealização das cortes como o fórum das decisões corretas, sendo vistas como a própria representação da razão. Mas, sabe-se que isso não é verdade absoluta, ou seja, as cortes não promovem um debate público melhor que os parlamentos.

Já foi salientado, que, assim como as cortes, os parlamentos fundamentam suas decisões através dos debates e das votações, porém, indo diretamente no cerne moral das controvérsias. Por outro lado, destaca-se que, ao contrário dos parlamentos, as cortes, muitas vezes, estão mais preocupadas com o tecnicismo jurídico na justificação de sua própria competência e na busca das razões em si mesma, através da pesquisa dos precedentes, sobrando pouco espaço para o debate das razões morais que realmente importam aos desacordos que lhe são submetidos.

Nestes termos, entende-se que a utilização do pensamento de Waldron (2003; 2006) acerca da importância do Legislativo como instância ou *locus* adequado para a deliberação de questões-problema sérias do mundo cotidiano contrapõe-se à própria legitimidade ou pertinência da atuação dos sistemas de justiça constitucional (particularmente, as cortes constitucionais) que se apresentam, nos Estado de Direito da contemporaneidade, com grande carga de complexidade, justamente por refletirem em direitos fundamentais, especialmente os de minorias.

Acaba sendo pertinente para tratar do tema e do problema a ele inerente, o pensamento de Waldron (2006), que tem muito a colaborar para o embate institucional sobre a legitimidade das decisões democráticas majoritárias diante dos

⁴ Conforme apontado anteriormente, existem alguns casos na realidade brasileira, como os casos Daniella Perez (Lei de Crimes Hediondos – Lei n. 8.930/1994); Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006); Carolina Dieckmann (Lei n. 12.737/2012); etc.

eventuais dissensos ou discordância por parte da minoria decisória junto aos Parlamentos.

3 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Este capítulo busca alcançar uma melhor compreensão da teoria de Waldron (2003; 2006) exposta no capítulo anterior. Mostrar-se-á que a preocupação do filósofo quando da construção de sua teoria, é exatamente o fortalecimento da democracia através do resgate da boa fama da Legislação e dos Parlamentos, uma vez que argumenta que a transferência do debate dos desacordos sociais para o Judiciário é uma forma de enfraquecimento da democracia representativa. Para tanto, analisar-se-á o surgimento do conceito de constitucionalismo, a partir de seu desenvolvimento histórico, passando pela Grécia, Roma e Inglaterra do século XIII e pela importância das revoluções francesa e inglesa dos séculos XVIII para o desenvolvimento do constitucionalismo. Ainda nestes contextos, apresentar-se-á o surgimento do constitucionalismo nos modelos inglês, francês e norte americano, bem como suas fases liberal-burguês, social e neoconstitucional. Como fruto do neoconstitucionalismo serão expostos os fenômenos da judicialização das relações políticas e sociais e do ativismo judicial, que para Waldron (2003; 2006) representam o enfraquecimento da democracia representativa, justamente por retirarem do debate político os desacordos sociais. Quanto à democracia, apresentar-se-á, sucintamente, o surgimento da democracia moderna em sua modalidade representativa e a ideia de democracia como vontade da maioria sem olvidar-se o respeito às minorias. Encerra-se o capítulo com a discussão de um aparente embate existente entre o constitucionalismo e democracia, retornando a questão da revisão judicial tratada no primeiro capítulo e dos direitos preconfigurados ou precompromissos constitucionais.

3.1 Constitucionalismo

Sobre o surgimento do ideal constitucional e seu desenvolvimento histórico vale a transcrição do pensamento de Luís Roberto Barroso:

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses – múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblia, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e,

claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim (BARROSO, 2018, p. 29).

Sem dúvida, foi na sociedade Grega que surgiram os primeiros precedentes do constitucionalismo e da democracia através de ideias como a limitação do poder político, a partir do pensamento do governo de leis e não de homens. Foi em Atenas que surgiram valores até hoje cultivados pelo constitucionalismo e pela democracia como a divisão de funções estatais por órgãos diversos; a separação entre o Estado e a religião; a existência de um sistema judicial; e, principalmente, a primazia da lei elaborada através de um processo formal adequado e válido para todos (BARROSO, 2018, p. 32).

Roma, em seu período republicano (529 a.C. a 28 a.C.), também compartilhou dos valores surgidos na sociedade grega, sendo possível entre os fragmentos da Lei das Doze Tábuas identificar a norma que se prescrevia que o bem-estar do povo é o bem supremo. Com base nos estudos de Aristóteles era possível identificar na República Romana elementos das três formas puras de governo conhecidas até então: os cônsules constituíam o elemento monárquico, o Senado o aristocrático e as assembleias o democrático. Mas o acúmulo do poder militar dos generais do exército Romano, que não era mais limitado pelas forças políticas, põe fim não só à República, pouco antes da era cristã, mas também sepulta por mais de mil anos os ideais democráticos e constitucionais, que só voltam ao seio da história da humanidade no final da idade média (1453) (BARROSO, 2018, p. 33-34).

Ainda no século XIII, mais precisamente em 1215, tornou-se clássica e bastante simbólica para a história do constitucionalismo e para a limitação do poder soberano, a imposição ao rei inglês, João Sem Terra, de um documento que resguardaria direitos feudais dos barões relativos à propriedade, tributação e às liberdades, incluindo a de religião, chamado de Carta Magna. No mesmo século, ainda na Inglaterra, surge a figura do Parlamento, inicialmente controlado pelo próprio rei, mas que ao longo dos séculos, não sem traumas e sangue, vai se tornando um poder acima do poder do rei, que no ano de 1689 já estava submetido a uma declaração de direitos (BARROSO, 2018, p. 36-37).

Em que pese o termo constitucionalismo ser de uso relativamente recente - o mesmo nasce com os processos revolucionários francês e americano do século

XVIII - muitas de suas bases ou de seus ideais já eram conhecidos na antiguidade clássica, como na *polis* grega do século V a.C., tendo sido objeto de estudos de grandes filósofos da humanidade como Sócrates (470-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.), Aristóteles (384-322 a. C.) como visto acima (BARROSO, 2018, p. 30-31).

Das grandes revoluções dos séculos XVII e XVIII, Barroso (2018) afirma que, sem dúvida, foi a Revolução Francesa a mais emblemática. Desenvolveu um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que viviam sob sua influência no final do século XVIII (BARROSO, 2018, p. 51).

Foi a partir da Revolução Francesa que o Estado passa de absolutista para liberal, e a sociedade de feudal e aristocrática à burguesa. Ainda não era a vez do povo, era a vez da burguesia, mas de toda forma não se ignora o forte condão simbólico da queda da Bastilha na noite de 14 de julho de 1789, tendo Hannah Arendt escrito sobre o episódio: “E essa multidão, aparecendo pela primeira vez na larga luz do dia, era na verdade a multidão dos pobres e oprimidos, que nos séculos anteriores estiveram escondidas na escuridão e na vergonha” (ARENDRT apud BARROSO, 2018, p. 53).

E, como frutos diretos ou indiretos da Revolução Francesa, o constitucionalismo e a democracia ganharam a consolidação de valores como o sufrágio universal; a soberania popular; a separação de poderes; a proteção dos direitos individuais; propriedade privada entre outros (BARROSO, 2018, p. 54).

Daniel Sarmiento preleciona que o constitucionalismo moderno, como meio de limitação do poder político em favor dos governados, é fruto da ascensão da burguesia como classe hegemônica, da reforma protestante que põe fim à unidade religiosa na Europa, e das concepções de mundo racionalista e antropocêntrico legadas pelo iluminismo, em que pese reconhecer a existência anterior de uma espécie de constitucionalismo chamado por ele de constitucionalismo antigo e constitucionalismo medieval (SARMENTO, 2012, p. 87; 91).

O constitucionalismo antigo, conforme observado pelo autor, surge na Grécia dos séculos VI a IV a.C., uma vez que a sociedade grega, com sua democracia direta, que reunia nas praças públicas os homens livres a deliberarem sobre os principais assuntos da vida social, já possuía alguns traços do que hoje se conhece como constitucionalismo (SARMENTO, 2012, p. 87; 91).

Interessante observar, inclusive, que a organização política das cidades Gregas era chamada de *politeia*, que é traduzido por muitos como Constituição.

Nesta sociedade, já se conhecia certa forma de limitação do poder do Estado, mas esta não era a preocupação. Na sociedade grega, liberdade era sinônimo de participação na vida política, sendo que o homem mais virtuoso era aquele que se adaptava à sociedade, não havendo qualquer preocupação com as liberdades individuais, de maneira que o que realmente importava era o homem social (SARMENTO, 2012, p. 88).

Ainda no constitucionalismo antigo, mas agora na sociedade romana, não se conhecia o princípio da limitação do poder do Estado, típico do constitucionalismo moderno, mas em seu período republicano, conhecia-se uma espécie de separação de poderes através das instituições do Consulado, Senado e Assembleia. Neste período, apesar de não se falar em direitos individuais na sociedade Grega, os cidadãos romanos não estavam tão subjugados à ideia do homem coletivo, havendo algum desenvolvimento do chamado direito privado como o direito ao casamento, à celebração de negócios jurídicos, a elaboração de testamento e o peticionamento judicial (SARMENTO, 2012, p. 89-90).

Na idade média, logo após a queda do império romano, houve uma completa ausência das noções do constitucionalismo moderno vez que o poder existente foi distribuído entre várias entidades sem qualquer coordenação entre elas. Neste período, o poder se dilui entre a igreja, os reis, os senhores feudais, as cidades, as corporações de ofício etc., de maneira que, incipientemente, surge alguma forma de limitação do poder real através da celebração de pactos, como a já citada Magna Carta imposta ao Rei João Sem Terra (SARMENTO, 2012, p. 90).

Já no momento do chamado constitucionalismo moderno, não há mais espaço para o poder absolutista dos governantes, sendo que a burguesia emergente passa a ver nesta concentração de poder uma forma de limitação dos próprios direitos, como o direito de propriedade e de negociar, passando a acreditar que os soberanos também deveriam estar subjugados a uma norma, surgindo, então, através das mãos da classe econômica emergente, um movimento pelos direitos individuais, conforme observado por Daniel Sarmento (2012, p. 92).

O fim da hegemonia da Igreja Católica, com a reforma protestante, faz cair por terra a crença da unção dos reis por vontade divina, o que dava ainda mais força à ideia de limitação do poder do soberano. A Reforma e a Contrarreforma, que geraram grandes perseguições políticas e mortes, como as ocorridas na França na

noite que ficou conhecida como o “Massacre da noite de São Bartolomeu”, foram contextos de grande impulso dos direitos individuais.

Neste contexto, interessante a transcrição do pensamento do professor Daniel Sarmiento:

Passou-se a valorizar o indivíduo, concebido como um ser racional, titular de direitos, cuja dignidade independia do lugar que ocupasse no corpo coletivo. Evolui-se para o reconhecimento de direitos universais, pertencentes a todos. A sociedade não mais era concebida como um organismo social, formado por órgãos que exerciam funções determinadas (clero, nobres e vassalos). Ela passa a ser concebida como um conjunto de indivíduos, como uma sociedade “atomizada”, formada por unidades iguais entre si. As atividades sociais (o trabalho, por exemplo) deixam de ser atributos naturais, relativos ao lugar ocupado no organismo social, e passa a decorrer da vontade livremente declarada pelos indivíduos. O contrato se tornou o instituto por excelência de formalização de vínculos sociais. (SARMENTO, 2012, p. 92).

Daniel Sarmiento (2012, p. 93) aponta três modelos de constitucionalismo que, segundo ele são os três mais influentes no constitucionalismo moderno, quais sejam, o inglês, o francês e o norte-americano.

O modelo inglês tem como característica a ausência de uma constituição escrita compilada, trazendo por consequência direta a ausência de um controle da constitucionalidade das leis⁵. Neste modelo existem textos constitucionais que, juntamente com declarações e princípios típicos do *Common Law*, dão autoridade ao Direito Constitucional. Neste modelo de constitucionalismo, não é possível a refundação do Estado através de outra Constituição, o Estado está indissociavelmente ligado à sua história e tradições constitucionais. Neste sistema, há uma supremacia do Parlamento que é sempre quem terá a última palavra, podendo, inclusive, alterar as normas constitucionais da mesma forma com que altera todo outro tipo de norma. Em regra, este foi um modelo constitucional pouco adotado no mundo, havendo uma prevalência dos modelos de constituição escrita (SARMENTO, 2012, p. 94-95).

O modelo francês de constitucionalismo, por sua vez, tem como forte característica a possibilidade de ruptura com o passado constitucional, criando um novo Estado a partir de uma nova Constituição dada por um poder ilimitado, segundo as teorias de Abade Emanuel Joseph Sieyès (apud SARMENTO, 2012)

⁵ No sistema inglês, segundo Waldron (2006), vigoraria um controle de constitucionalidade fraco, no qual o Judiciário não poderá modificar ou invalidar as leis, mas apenas emitir uma declaração de desacordo que provocará o debate do parlamento.

que, através de sua obra “O que é o terceiro Estado?”, lançou as bases da teoria do poder constituinte originário.

O constitucionalismo moderno no modelo francês, assim como o inglês, tem o poder Legislativo como protagonista, devido à histórica desconfiança do povo francês com um Judiciário corrupto e associado ao antigo regime. Foi indiscutivelmente o modelo que mais influenciou o mundo nos séculos XIX e XX, tendo sido superado apenas no que concerne à supremacia do Legislativo, que vem dando lugar à jurisdição constitucional, inclusive na própria França, onde reformas legislativas têm concedido maiores poderes ao Conselho Constitucional, que atualmente não só possui o poder de analisar a constitucionalidade das leis antes de sua promulgação, mas, a partir de uma lei que entrou em vigor em 2008, passou a ter competência de analisar também a constitucionalidade de leis promulgadas (SARMENTO, 2012, p. 96-98).

Por fim, o modelo constitucional norte-americano, que nasce antes mesmo da independência das colônias ou de sua própria Constituição, é marcado por um texto constitucional de poucos artigos e emendas, são 7 (sete) artigos e 27 (vinte e sete) emendas em mais de 230 (duzentos e trinta) anos de vigência. Rígida quanto à possibilidade de sua alteração, mas aberta ao poder interpretativo, o que na realidade tem sido feito devido as constantes mutações da sociedade norte-americana. Em que pese a longevidade da Constituição norte-americana, neste modelo também há a ideia de ruptura com o passado através do poder constituinte, assim como no modelo francês, tendo o primeiro, inclusive, sido revestido de uma aura de mistificação os responsáveis pela elaboração da Constituição norte-americana, chamados por eles de pais fundadores (SARMENTO, 2012, p. 98-101).

O modelo constitucional norte-americano tenta conciliar o exercício da democracia realizada pela participação popular e a defesa das minorias. Outro ponto forte neste sistema é a revisão judicial, que concede ao Judiciário o poder de invalidar as leis – ainda que advindas das maiorias democráticas legislativas, quando em sua interpretação estas violam os direitos insculpidos na Constituição. Destaca-se que tal poder não está previsto na Constituição, mas é traço bastante forte neste modelo constitucional que, apesar de receber críticas balizadas e severas, se consolidou a mais de duzentos anos na América do Norte e se espalhou por boa parte do mundo a partir da segunda metade do século passado. (SARMENTO, 2012, p. 98-101).

Sarmiento (2012) ainda fará a distinção de duas fases distintas do constitucionalismo moderno, o constitucionalismo liberal-burguês e o constitucionalismo social.

Segundo o autor, o constitucionalismo liberal-burguês se caracteriza pela absoluta ausência de intervenção estatal na sociedade (SARMENTO, 2012, p. 101). Nesta fase do constitucionalismo, as elites burguesas estavam preocupadas em garantir a qualquer custo as suas liberdades, com ênfase na propriedade e na possibilidade de negociar, vendo o Estado como um inimigo a ser combatido. O constitucionalismo liberal-burguês gerava para o Estado um forte direito negativo, de não intervenção na vida privada, a qual deveria ser regulada exclusivamente pelo mercado e pelos próprios cidadãos. É claro que esta fase do constitucionalismo gerou diversos inconvenientes, pois a liberdade da sociedade regulada por ela própria, sem qualquer intervenção estatal, fez reviver a imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco. Se o indivíduo quisesse vender sua mão de obra em uma jornada de trabalho extenuante de dezesseis horas ou mais, mesmo que por um valor irrisório que não lhe garantiria nem mesmo o alimento, e houvesse indivíduos interessados na compra desta mão de obra, tal negociação deveria ser lícita não devendo o Estado se imiscuir em tais liberdades individuais. Pregava-se liberdade e igualdade ilimitadas que, sem a intervenção estatal, tornou-se liberdade e igualdade estritamente formais. Não havia preocupação com liberdade verdadeiramente, tanto que as sociedades que viveram esta fase do constitucionalismo eram extremamente moralistas e não acreditavam haver qualquer mal na intervenção estatal em questões de disciplina da família, sexualidade e gênero. Igualmente na esfera igualitária, a prática se dissociava da teoria, havendo limitação ao exercício do voto, que somente era acessível a integrantes de elites econômicas e até mesmo possuidores de escravos, como se dava no caso brasileiro. **Esta fase do constitucionalismo, na realidade, gerou uma grande população de pobres e miseráveis; condições de trabalho desumanas, extenuantes, sem descanso remunerado, sem proteção do trabalho da mulher, e com mão de obra infantil; absoluta ausência de educação e saúde para a maior parte da população** entre outras mazelas (SARMENTO, 2012, p. 101-103).

Da desumanidade do constitucionalismo liberal-burguês, surge um constitucionalismo mais voltado à dignidade humana e à igualdade material, o constitucionalismo social. Assim, em um contexto de lutas dos trabalhadores, do

surgimento do pensamento marxista e socialista, da doutrina social da Igreja Católica, da universalização do voto e do receio burguês de revoluções, nasce o constitucionalismo social.

Com a grave crise do próprio liberalismo econômico, simbolicamente bem representada pela quebra da bolsa de valores americana em 1929, o Estado inicia uma vigorosa intervenção na economia, não só para regular o mercado, mas como protagonista da arena econômica a partir do exercício de algumas atividades econômicas que tiveram como consequência direta o reaquecimento da economia. O Estado não só passa a promover uma igualdade material, através da redistribuição de renda e de assistência a populações mais pobres na concessão de saúde, educação e previdência social, como também flexibiliza o direito à propriedade através das teorias sociais da propriedade. Como efeito colateral deste movimento, e com uma visão de fracasso do constitucionalismo por algumas sociedades, geraram-se regimes autoritários, como o italiano e alemão nas décadas de 30 e 40 do século passado, ou mesmo o brasileiro no mesmo período (SARMENTO, 2012, p. 104-106).

O constitucionalismo social não nega o liberalismo, mas tenta conciliar alguns de seus elementos. Sobre isso vale a transcrição de Sarmento:

O Constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo – a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder – mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo. Ele implica na adoção de perspectiva que enriquece o ideário constitucionalista, tornando-o mais inclusivo e sensível às condições concretas de vida do ser humano, no afã de levar as suas promessas de liberdade e de dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade. (SARMENTO, 2012, p. 107).

As Constituições da fase constitucionalista social passam a abarcar em seus textos os valores do próprio Estado Social. Agora, não basta mais regular o próprio Estado, é necessário regular a sociedade e a economia, **não é suficiente elencar os direitos individuais clássicos, é necessário elencar um rol de direitos sociais que, para sua efetivação, dependerão de ação positiva do Estado** (SARMENTO, 2012, p. 108).

Mas, foi mesmo após a segunda grande guerra que se delineou a formação do chamado **Estado Constitucional de Direito**. Na Alemanha, com a Constituição de 1949, comumente designada de Lei Fundamental de Bonn e com a instalação do

Tribunal Constitucional Federal em 1951 e na Itália com a Constituição de 1947 e a instalação da Corte Constitucional em 1956. Ainda no pós-guerra, a redemocratização também se desfraldou como um marco na formação do Estado Constitucional de Direito, exemplificativamente a redemocratização portuguesa em 1976 e a espanhola em 1978 que acresceram novos valores ao debate do novo constitucionalismo europeu (BARROSO, 2018, p. 283-284).

O surgimento deste Estado Constitucional de Direito no Brasil se dá igualmente na redemocratização do país com os debates, convocação e promulgação da Constituição de 1988 que, segundo Barroso (2018, p. 284), tem conseguido, com todas as suas peculiaridades, sustentar este Estado de Direito Constitucional.

Nesta fase do constitucionalismo, até como meio de defesa contra toda a barbárie vivenciada pelo mundo no período da segunda grande guerra, o constitucionalismo deixa seu caráter de proclamação política e passa a um modelo de constitucionalismo normativo, com grande ascendência dos sistemas de controle judicial no modelo norte americano. Isso acontece não só na Europa, como visto, mas também no Canadá com a criação da Carta de Direitos e Liberdades de 1982, na América Latina nas décadas de 80 e 90 com a superação das ditaduras, com os países do Leste Europeu com a queda do muro de Berlim e com o fim da União Soviética, na África do Sul com o fim do regime do *apartheid*, etc. (SARMENTO, 2012, p. 111-112).

Neste cenário, e sem o abandono dos ideais do Estado Social, as constituições se tornaram excessivamente ambiciosas, tornando-se normas jurídicas autênticas que são frequentemente invocadas no âmbito judicial, provocando um controle de constitucionalidade de lei que, muitas das vezes, desautorizará o Legislativo em suas deliberações. Muitos são os entusiastas deste Estado Constitucional, que não está, de outro lado, isento de não menos numeroso grupo que o critica. Alguns passaram a denominar este estágio do constitucionalismo de **neoconstitucionalismo** (SARMENTO, 2012, p. 112-114).

O **neoconstitucionalismo** é uma resposta ao movimento positivista surgido nos séculos XIX e XX que, ao promover poderosa desvinculação entre direito e moral, gerou uma interpretação fria da lei e, conseqüentemente, os movimentos nazifascistas. No pós-guerra, as constituições deixaram seu conteúdo procedimental e passaram à consagração de princípios abstratos dotados de forte conteúdo moral,

tendo o pós-positivismo se encarregado na busca da religação entre direito e moral encontrando campo fértil nas constituições contemporâneas devido a este forte conteúdo moral e principiológico, o que propiciou uma intensa ligação entre pós-positivismo e o chamado neoconstitucionalismo (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 200-203).

Segundo Sarmento e Souza Neto (2013), o neoconstitucionalismo está associado a alguns fenômenos que podem ser assim sintetizados:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recursos mais frequentes a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre direito e moral; e,
- e) **judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário** (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 202-203).

Conclui-se, segundo breve definição de Barroso (2018, p. 31-32), que o constitucionalismo significa Estado Direito e seria, em essência, a limitação do poder e supremacia da lei, implicando respeito aos direitos fundamentais. A limitação do poder se subdivide em três ordens:

- a) Limitações de ordem material, que remetem à ideia de existência de valores constitucionais básicos, os quais devem ser preservados como aqueles ligados à dignidade da pessoa humana, à justiça, à solidariedade e aos direitos de liberdades de toda natureza, como a liberdade de expressão, pensamento e religião;
- b) Limitações de ordem orgânica, ligadas à estrutura do Estado, que devem ter órgãos distintos responsáveis pelas funções de legislar, administrar e julgar de forma independente e, por fim,
- c) Limitações de ordem processuais que ditarão a forma em que os órgãos exercerão cada qual a sua função em conformidade com o preceito legal.

Para Sarmento (2012, p. 93), o constitucionalismo moderno se assenta em três pilares:

- a) a contenção do poder político através do princípio da separação dos poderes;
- b) a garantia de direitos individuais que devem ser observados pelo Estado por meio de um direito negativo e,
- c) a necessidade de legitimação do governo através da democracia representativa.

3.2 Judicialização da política e das relações sociais e Ativismo Judicial

Conforme exposto, como fruto do **neconstitucionalismo**, vivencia-se um marcante fortalecimento do Poder Judiciário com a chamada **judicialização da política e das relações sociais** em um claro **deslocamento da esfera de poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário**.

A temática da performance ou do comportamento do Poder Judiciário tem se tornado sedutora, em tempos atuais. Contrapondo-se à noção norte-americana de *judicial self restraint*, responsável pela adoção de um comportamento judicial de contenção autonomamente realizado, pelo qual há encorajamento dos membros do Poder Judiciário de autolimitar as suas fronteiras de atuação. O fenômeno do ativismo judicial ou *judicial activism*, envolvendo nova abordagem da função jurisdicional do Estado, tem levado a calorosos debates, condenando ou afirmando a sua importância, de acordo com o contexto em que se trabalha a questão (GALVÃO, 2015, p. 90).

A judicialização dessas relações está representada pelo fato de o Poder Judiciário tomar decisões em caráter final sobre questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, em detrimento das instâncias Legislativa e Executiva.

Seus fatores são múltiplos e representam hoje uma tendência mundial, incluindo países de modelo constitucional inglês, conforme visto anteriormente. São muitos os casos concretos que demonstram a fluidez das fronteiras entre política e justiça no mundo contemporâneo. Há exemplos na realidade canadense, como, por exemplo, quando a Suprema Corte daquele país decidiu a respeito da constitucionalidade do uso de seu território pelos Estados Unidos da América para testes com mísseis; e outros como o caso israelense, no qual a Suprema Corte decidiu a respeito da constitucionalidade e compatibilidade com o Direito Internacional da construção de muro na fronteira com a Palestina; o caso turco em

que a Suprema Corte decidiu a respeito da preservação do Estado laico contra o avanço do islamismo; o caso da Suprema Corte húngara que decidiu sobre a validade de plano econômico estatuído pelos demais poderes; o caso da Corte Suprema colombiana que vem decidindo a respeito da luta contra a corrupção e a mudança das práticas políticas, contenção do abuso das autoridades governamentais em especial na decretação do estado de emergência ou exceção, a defesa de minorias e da autonomia individual, proteção das populações estigmatizadas ou de baixa participação política, interferências em políticas econômicas em proteção a direitos sociais, entre outros (BARROSO, 2018, p. 443-444).

No Brasil, vários são os exemplos em que se pode destacar a incidência da judicialização das relações sociais e políticas: instituição de contribuição dos inativos na reforma da previdência (ADI 3.105/DF); restrição ao uso de algemas (HC 91.952/SP e súmula vinculante 11); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR); criação do Conselho Nacional de Justiça na reforma do judiciário (ADI 3.367); pesquisas com células tronco embrionárias (ADI 3.510/DF); liberdade de expressão e racismo (HC 82.424/RS); constitucionalidade de cotas sociais e raciais (ADI 3.330 e ADC 41/DF); proibição ao nepotismo (ADC 12/DF e súmula 13); não recepção constitucional da lei de imprensa (ADPF 130/DF); ensino religioso nas escolas (ADI 4.439) etc.

Entre tantos exemplos da judicialização das relações sociais e da política no Brasil, não se pode deixar de destacar a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas julgada pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF n. 132 (BRASIL, 2014b) e da ADI 4.277 (BRASIL, 2011) ambas relatadas pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

Três causas principais são apontadas por Barroso (2018) para o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais:

- a) A primeira estaria ligada ao crescente reconhecimento de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para o fortalecimento da própria democracia.
- b) A segunda causa estaria ligada à certa descrença da sociedade na política majoritária, na crise de representatividade e no descrédito dos Parlamentos.
- c) A terceira causa apontada pelo autor seria a abstenção proposital dos agentes políticos em debater e decidir os desacordos mais difíceis da sociedade

devido ao receio de impopularidade que poderia refletir nos pleitos eleitorais (BARROSO, 2018, p. 444-445).

Especificamente no caso brasileiro, Barroso (2018) ainda atribuirá ao próprio sistema de controle de constitucionalidade outro fator relevante para o fenômeno da judicialização das relações sociais e da política. Neste sistema, não só se tem a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal decretar a inconstitucionalidade de uma norma em casos concretos, mas ter-se-á também uma quarta causa, a saber, a possibilidade de análise da constitucionalidade das leis através de casos abstratos nas ações diretas de inconstitucionalidade, ações de fácil manejo e com rol amplo de legitimados, o que impedirá o Supremo Tribunal Federal de permanecer silente diante da demanda ajuizada (BARROSO, 2018, p. 446).

Sobre (a): a primeira causa apontada por Barroso (2018) para o surgimento e fortalecimento da judicialização da política e das relações sociais **contraria frontalmente o pensamento de Waldron** (2003; 2006), tratado no primeiro capítulo, já que para este a referida judicialização enfraquece a democracia por retirar do debate político casos em que o povo poderia decidir através de seus representantes parlamentares. **Para Waldron (2006) a judicialização da política e das relações sociais representa o controle de constitucionalidade forte, indesejável à sua teoria de valorização da legislação e dos parlamentos como meio de fortalecimento da democracia.**

Sobre (b): explicitando a divergência expositiva entre a segunda causa apontada por Barroso e o pensamento desenvolvido por Waldron (2003; 2006), percebe-se que ele é um grande defensor da decisão majoritária, apontando vários argumentos para a sua defesa, assinalando que, na realidade, as cortes também utilizariam referido sistema para tomada de suas decisões, não havendo motivos para acreditar que o majoritarismo judicial teria maiores possibilidades de encontrar a resposta certa.

Sobre (c): A teoria de Waldron (2006) confronta-se com a terceira causa apontada por Barroso (2018) para o fortalecimento da judicialização da política e das relações sociais, pois em sua teoria, devido à construção de um cenário social e político em que a mesma se desenvolveria, o parlamento e seus agentes estão verdadeiramente comprometidos com os direitos, incluindo, aí, os direitos de minorias, não havendo, portanto, possibilidade destes se absterem dos debates por medos eleitorais, o que estaria em confronto com o compromisso com os direitos.

Outro fenômeno nascido do mesmo estágio de evolução do constitucionalismo contemporâneo, e irmão gêmeo do fenômeno da judicialização segundo os dizeres de José Rodrigo Rodrigues (2013), é o do **ativismo judicial**, termo criado nos Estados Unidos da América como rótulo da atuação da Suprema Corte daquele país nas décadas de 50 e 60 do século passado, que transformou profundamente as práticas políticas norte-americanas através da atuação progressista da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais.

Durante este período, a Corte se dividiu entre juízes que acreditavam que era papel do Judiciário promover o bem-estar social e aqueles que criam em um papel mais contido, que respeitasse a vontade popular manifestada pelos outros poderes mesmo que essa vontade fosse pior. Uma onda conservadora nascida após este período passa a dar uma conotação negativa ao termo ativismo judicial, utilizando-o para determinar uma atuação excessiva e fora das competências do Judiciário, como uma verdadeira intervenção indevida entre poderes.

Deste período extraem-se julgados clássicos da jurisprudência norte-americana, bastante citados por estudiosos de todo o mundo, como os casos *brown v. Board of Education* de 1954, que considerou ilegítima a segregação racial nas escolas; *Gideon v. Wainwright* de 1963, que assegurou aos acusados em processo criminal o direito a defesa por advogado; *Miranda v. Arizona* de 1966, que garantiu o direito a não autoincriminação; *Griswold v. Connecticut* de 1965, que garantiu o direito à privacidade proibindo os poderes públicos de adentrarem os quartos dos casais para coibir o uso de contraceptivos; *New York Times v. Sullivan* de 1964, garantidor da liberdade de imprensa; *Richardson v. Frontiero* de 1973, que reconheceu o direito a igualdade às mulheres; *Roe v. Wade*, também de 1973, que vetou a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, entre outros.

Na definição de Barroso, a ideia de ativismo judicial:

[...] está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. **Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva** (BARROSO, 2018, p. 448-449, grifo nosso).

Em que pese toda a construção doutrinária a respeito da judicialização da política e das relações sociais e do ativismo judicial e de seus defensores e críticos, a realidade brasileira vem demonstrando – o que será tratado no capítulo subsequente –, que a comunidade LGBTTI não tem conseguido alcançar quaisquer direitos pela via legislativa federal, e que todas as conquistas em âmbito nacional advêm da judicialização de questões relacionadas à igualdade de direitos ou do ativismo judicial, que deverá se ater a essa mesma garantia e/ou realização de direitos.

Levando este último raciocínio em consideração, faz sentido o pensamento exposto por Galvão (2015, p. 90-91) acerca de que a postura ativista, pode ser entendida como expressão concreta de prévio processo de judicialização, pressupondo, eventualmente, comportamento proativo (e, por raras vezes, antecipador à função típica dos demais poderes constituídos do Estado), do Poder Judiciário (especialmente, em termos da jurisdição constitucional), a partir de procedimento interpretativo-constitucional, com a justificativa de suprir e/ou corrigir deficiências ou insuficiências posturais das demais funções estatais (legislativa e administrativa) (GALVÃO, 2015, p. 90), garantindo-se, assim, a correspondência do Estado com determinados valores albergados constitucionalmente, principalmente “[...] os ligados à proteção e ao aprimoramento dos direitos fundamentais e ao controle e/ou à racionalidade do exercício do poder estatal” (GALVÃO, 2015, p. 91).

A partir do exposto sobre Waldron (2003; 2006), seria possível afirmar que a comunidade LGBTTI está adquirindo direitos que ela julga ter, sem, no entanto, tê-los? Poder-se-ia privar tal comunidade de referidos direitos pelo fato de a esfera política não estar preparada para o debate e aceitação da importância deles? Seria possível privar as gerações presentes e futuras de direitos em nome de uma suposta ausência do amadurecimento do debate político? Ou, na realidade, o que falta são as cinco condições descritas por Waldron (2006) para o desenvolvimento de sua teoria?

3.3 Democracia

O surgimento dos princípios modernos da democracia se confunde com o surgimento dos princípios do próprio Constitucionalismo. Segundo o professor

Gilberto Bercovici (2005), o surgimento destes princípios se dá na Inglaterra do séc. XVII com os mesmos fatos que se acredita representarem o surgimento do constitucionalismo. Nesse sentido:

Grande parte dos princípios da democracia moderna surgiu na Inglaterra do século XVII, com a abertura do poder político inglês à participação e ao controle social, por meio da hegemonia do Parlamento sobre o rei. O poder político começou a abrir canais à participação do corpo social, surgindo novos dispositivos institucionais que recolocaram a questão democrática num horizonte histórico sem medida comum com a antiga democracia ateniense. A questão da democracia se tornou inseparável das instituições representativas modernas, no sentido restrito de um corpo de delegados direitos da sociedade, cuja função é a de antepor-se e de controlar o titular do poder real, embora os mecanismos de participação e controle social do poder não tenham sido abertos irrestritamente a todos os cidadãos. Ao mesmo tempo teve início a divisão interna do poder político, com a constituição de mecanismos de equilíbrio e controle recíproco entre os órgãos estatais. A democracia moderna é, assim, constitutivamente abstrata, compatível com a pretensa separação entre Estado e sociedade e fundada nessa construção teórica. (BERCOVICI, 2005, p. 282).

Como visto, o sistema representativo é inerente às democracias modernas, tendo sido Montesquieu um grande influenciador de sua implementação nos debates da Revolução Francesa e das colônias da América do Norte. Para ele, o povo deveria realizar tudo aquilo que fosse capaz, mas deveria delegar a seus representantes o poder de governar, até porque, Montesquieu acreditava que o povo não teria esta capacidade (BERCOVICI, 2005, p. 283-284).

Não só a falta de capacidade do povo em gerir os governos (da ideia de Montesquieu), mas, principalmente, a própria realidade da vida moderna não mais permitiu aos cidadãos a participação direta na vida da sociedade. O fim da escravidão e a necessidade de as pessoas cuidarem da vida privada acabam por fortalecer a ideia da democracia representativa (BERCOVICI, 2005, p. 287).

Citando Benjamin Constant em sua clássica distinção entre a liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, Gilberto Bercovici (2005) afirma que os indivíduos não estão mais preocupados com a liberdade de participação direta na política como se dava nas praças públicas gregas, o que se configurava na maior expressão do homem livre; agora estão preocupados com a liberdade da vida privada, sendo que o interesse principal passa a ser das liberdades individuais e como os governos as garantirão. A liberdade política, agora, é usufruída apenas como meio de garantia das liberdades individuais (BERCOVICI, 2005, p. 287).

Por sua vez, Luís Roberto Barroso (2018) define sucintamente a democracia como o governo da maioria ou soberania popular. **Em uma dimensão formal, a democracia seria, segundo o autor, o governo da maioria com respeito aos direitos individuais; já em sua dimensão material, a ideia democrática vai além do governo da maioria, sendo constituído para todos, incluindo, aí, não só as minorias numéricas, mas também grupos de baixa participação política** (BARROSO, 2018, p. 67-68).

Da clássica definição de democracia tem-se o governo do povo, pelo povo e para o povo, como proclamado por Abraham Lincoln em seu discurso de Gettysburg de 19 de fevereiro de 1863 (CAGGIANO, 2011, p. 7).

3.4 Constitucionalismo *versus* Democracia

Entre os citados conceitos – constitucionalismo e democracia –, geralmente surgem alguns pontos de tensão, principalmente quando se foca nas limitações materiais impostas pelo constitucionalismo, intimamente ligadas **à defesa dos direitos individuais, incluindo aí a proteção de minorias, frente à própria definição de democracia como sendo a vontade da maioria**, o que constitui, na realidade, o pano de fundo da presente dissertação. Sobre o assunto vale novamente a exposição do pensamento de Barroso:

O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre **governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade**. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio. (BARROSO, 2018, p. 68, grifo nosso).

Percebe-se um verdadeiro paradoxo, no qual de um lado estão os defensores do constitucionalismo como meio de defesa da própria democracia – quando afirmam que a democracia só poderá ser protegida mediante a própria limitação do poder da maioria –, e de outro os defensores da democracia que acreditam que esta limitação retira do povo o poder de decisão, sendo prejudicial para a democracia a limitação do debate político.

Neste cenário, não é incomum o questionamento a respeito das questões ligadas à **revisão judicial da legislação que é feita pelo Judiciário, em especial**

aquela que é realizada pelas cortes superiores. Até quando o poder das cortes em sopesar a vontade dos legisladores não é uma limitação da democracia externada na produção legislativa de um Parlamento? A justificativa de proteção dos princípios constitucionais e dos direitos individuais é suficiente para justificar referida revisão?

Na realidade, Barroso (2018) defende que os conceitos de democracia e constitucionalismo não são antagônicos, mas, distante disso, são complementares e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo.

Para o autor, tanto o constitucionalismo, quanto a democracia são a garantia de justiça, segurança jurídica e bem-estar social, perseguindo os objetivos:

- a) de institucionalização de um Estado Democrático de Direito (fundado na soberania popular e na limitação do poder);
- b) de garantia do respeito aos direitos humanos, incluindo das minorias políticas;
- c) de contribuição para o desenvolvimento econômico e para justiça social e,
- d) de promoção de mecanismos que garantam a boa administração de modo a propiciar um governo eficiente e probó (BARROSO, 2018, p. 117).

Por sua vez, o professor espanhol Francisco Balaguer Callejón (2012) afirma que a alegada ilegitimidade da jurisdição constitucional sob a perspectiva de ausência de condições democráticas frente ao Poder Legislativo, não passa de uma confusão na compreensão da qualidade democrática de um poder público e sua condição representativa. Não é porque um tribunal constitucional não é um órgão representativo que o mesmo não seria um órgão democraticamente legitimado, mas, muito pelo contrário, é justamente por não ser um órgão representativo que o mesmo é democraticamente legitimado. **É a desvinculação do tribunal a uma maioria e sua vinculação exclusiva à Constituição e ao Direito que garantirá a democracia pluralista estabelecida em uma Constituição** (CALLEJÓN, 2012, p. 127).

Diante deste pensamento, o citado professor acredita no controle de constitucionalidade como instrumento democrático, conforme suas próprias palavras:

Quando o constitucionalismo se articula como autêntico direito constitucional, sob a constituição normativa, e a democracia é concebida como democracia pluralista ou democracia constitucional, é possível o controle de constitucionalidade da legislação. Esse controle tem, portanto, uma clara legitimação democrática, porque é justamente o que torna

possível essa concepção da democracia, a única que hoje se mostra compatível com a consciência constitucional das sociedades democráticas pluralistas. (CALLEJÓN, 2012, p. 127).

Prosseguindo em sua defesa da estreita relação entre constitucionalismo e democracia, Balaguer Callejón (2012) evoca a separação dos poderes como instrumento de harmonização entre eles. Afirma que, a partir da constitucionalização dos direitos, existirão dois níveis para a sua realização, o nível constitucional, no qual o constituinte pré-configura o direito, e o nível legislativo, em que o legislador configura estes direitos (CALLEJÓN, 2012). Ou seja, na realização dos direitos o legislador encontra-se limitado pelo constituinte e, por consequência, a ausência de configuração do direito pelo legislador não impedirá a realização essencial do direito pré-configurado. **Em que pese esta configuração se dar em um contexto majoritário, há de se considerar e respeitar as minorias**, inclusive (CALLEJÓN, 2012, p. 128-129).

Estes direitos pré-configurados, também chamados por outros estudiosos de pré-compromissos constitucionais, são pontos controvertidos na relação existente entre democracia e constitucionalismo.

Alguns acreditam que tais pré-compromissos se constituem na defesa democrática da sociedade, considerando que a defesa dos direitos fundamentais é, por si só, um dos fundamentos do Estado Democrático. Ademais, defendem que tais limitações são propícias ao Estado Democrático, pois impedem a alteração da legislação em um momento de turbulência frente aquele, de maior estabilidade, onde o legislador constituinte teria concebido referidos direitos. Por sua vez, há aqueles que veem nestes pré-compromissos constitucionais uma limitação do poder democrático por restringirem as gerações futuras, retirando delas o poder de traçar a própria vida e o próprio destino, afastando do debate político temas que já teriam sido estatuídos de forma imutável pelo constituinte originário.

Em defesa dos pré-compromissos constitucionais, Cristina Foroni Consani (2014), citando a obra de Hayek, faz a analogia do constituinte originário com o homem sóbrio e do constituinte derivado com o homem bêbado. Sabedor o homem bêbado que em determinados momentos da vida o mesmo não terá o discernimento suficiente para tomar suas decisões, podendo agir por paixões e interesses duvidosos, ainda quando sóbrio, o mesmo determina medidas que devem ser observadas em um tempo futuro, mesmo contra sua própria vontade. Assim seria o

constituente originário, que em momento propício, específico para tal, prescreve normas que não poderão ser alteradas em um momento futuro, já prevendo um possível momento inadequado para a tomada de decisão do constituinte derivado. Seria uma forma de autoproteção (HAYEK apud CONSANI, 2014, p. 145).

No mesmo sentido, mas agora com citação a Elster, Consani evoca o mito de Ulisses para didaticamente defender a relação entre o constituinte originário e o constituinte derivado (ELSTER apud CONSANI, 2014). Segundo o mito de Ulisses, este, não querendo privar-se de ouvir o canto das sereias, mas sabedor do mal que ele o faria, antes mesmo de aproximar-se delas, pede a seus marujos que o amarrassem no mastro de seu barco e de lá não o desatassem até que tivessem concluído a travessia. Desta forma, sua ordem para que o atassem ao mastro anteriormente ao enfrentamento do canto das sereias (pré-compromisso constitucional) deveria se manter durante a travessia mesmo que contrariamente à sua própria vontade este quisesse se deixar seduzir pelo canto das sereias. Assim, sabendo-se que o comprometimento das gerações futuras com a impossibilidade de alteração constitucional ou mesmo com a obrigatoriedade da adoção de um procedimento mais complexo e rígido para fazê-lo, poderá representar um sistema de autoproteção dos direitos individuais e, conseqüentemente, da própria democracia (CONSANI, 2014, p. 145).

Ainda em defesa do pré-compromisso constitucional e de sua harmonia com os princípios democráticos, Consani, citando Holmes, afirma que tais compromissos não devem ser encarados como um fardo, e elenca três vantagens para as gerações futuras em se vincularem por normas que lhes foram impostas pelas gerações precedentes (HOLMES apud CONSANI, 2014, p. 147).

A **primeira** delas é o recebimento de uma estrutura política integralmente já delimitada o que permitirá às gerações futuras cuidarem de outros interesses. Não será necessário o desgaste temporal de cada geração para a construção de uma estrutura política, demandando tempo que poderia ser dedicado a outras atividades.

Como **segundo** ponto defensável aos pré-compromissos constitucionais, Holmes (HOLMES apud CONSANI, 2014) minimiza a existência de uma liberdade ilimitada do constituinte originário e uma total impossibilidade de alteração constitucional pelas gerações futuras. Afirma ele que, na realidade, o constituinte originário não está verdadeiramente isento de qualquer influência passada, mas que este também está atento e se vincula à história das gerações anteriores como se

deu no caso norte-americano em que os pais fundadores se ativeram a um passado de lutas, à declaração de independência e às declarações de direitos que já existiam em algumas das colônias norte-americanas. Por sua vez, as gerações futuras não estão absolutamente excluídas do debate constitucional, mas teriam dentro de certa limitação, algum poder de alteração constitucional.

Por fim, como **terceiro** ponto a favor do pré-compromisso, o mesmo autor argumenta que as gerações futuras, ao se obrigarem pelas normas das gerações precedentes, podem se livrar de opções que foram retiradas do debate e que lhes seriam prejudiciais (HOLMES apud CONSANI, 2014). O próprio autor, neste ponto, cita a questão da escravidão, tendo em vista que, segundo ele, o pré-compromisso constitucional imposto pela geração A e que proíbe a instituição da escravidão pela geração B, pode livrar a geração C desta condição.

Por conseguinte, para Holmes (apud CONSANI, 2014, p. 148-149), não haverá tensão entre constitucionalismo e democracia, mas pelo contrário, o constitucionalismo, ao ultrapassar seu conceito de mero limitador do poder do Estado, será o responsável pela criação de instituições e procedimentos que favorecem a participação popular. A retirada de alguns temas do debate político pode representar fortalecimento da democracia e não seu enfraquecimento a partir do momento que as esferas do debate político podem não estar preparadas para a discussão de temas difíceis, o que demandará muito tempo em um debate que não se chegará a um denominador comum em detrimento ao debate de temas possíveis de se alcançar a um resultado satisfatório.

Claro que o pensamento de Holmes acima externado, pode representar um ônus demasiado para as gerações presentes que terão seus direitos negados sob a justificativa que a esfera política não estaria preparada para o debate. O amadurecimento de referido debate pode custar a denegação de direitos às gerações. Como seria possível preservar estes direitos no tempo presente e para as gerações atuais? Seria razoável negar às gerações presentes direitos que talvez as gerações futuras possam gozar com igualdade?

Todavia, os pré-compromissos não estão isentos de críticas, e haverá autores, como acima mencionado, que acreditarão que este sistema prejudica a democracia ao limitar as gerações futuras e retirar delas o poder de debate e decisão.

Jeremy Waldron (2003; 2006), fiel à obra de toda a sua vida, em defesa da democracia através do debate pelos parlamentos, não se isenta de criticar o constitucionalismo contemporâneo, sendo que o pré-compromisso é um dos pontos fortes desta crítica.

Para o autor, a concepção de povo se refere ao grupo de cidadãos dotados de conceitos morais, autonomia e responsabilidade, e que não precisam se ater a um legado histórico de seus antepassados, assim como estão desobrigados de um pensamento voltado às futuras gerações. Para Waldron o direito de participação política é para os cidadãos o direito dos direitos, não devendo haver reserva de conteúdo apto ao debate (WALDRON apud CONSANI, 2014, p. 159).

Em sua teoria, o filósofo neozelandês, estranha a qualidade moral atribuída ao constituinte originário frente ao legislador derivado, a confiança que se deposita naquele e a desconfiança neste (WALDRON apud CONSANI, 2014). Segundo ele, reveste-se o constituinte originário com uma moral elevada como se este fosse capaz de determinar os direitos não só para sua própria geração, mas para as gerações futuras, sem possibilidade de errar, enquanto se desconfia das intenções e compromisso com os direitos das gerações futuras, como se estas não fossem capazes de se auto governarem, havendo entre constituinte originário e derivado uma desigualdade de consideração (WALDRON apud CONSANI, 2014). De acordo com o autor, há um dissenso quando se identifica os indivíduos como sujeitos capazes de agir moral e racionalmente (o que os torna dignos de igual consideração e respeito, e, conseqüentemente, portadores de direitos) e, por outro lado, quando se verifica o exercício do direito político, já que, aqui, os mesmos indivíduos são considerados irresponsáveis, irracionais e pouco confiáveis (WALDRON apud CONSANI, 2014). Para haver coerência, prossegue ele, é necessário enxergar que os indivíduos são tão confiáveis como portadores de direitos quanto o são como portadores de responsabilidades políticas (WALDRON apud CONSANI, 2014, p. 161-162).

Citando o mito de Ulisses e o exemplo do homem bêbado de Hayek, Waldron afirma que tais analogias só poderiam ser aplicadas a um pré-compromisso pessoal e não a um coletivo (como é o caso do constitucional) (WALDRON apud CONSANI, 2014). Conforme abordado no primeiro capítulo, o autor afirma que mesmo em momento de lucidez, haverá na sociedade desacordos quanto ao direito, os quais podem ser de boa-fé – nos quais não há interesses escusos, corrupção ou paixões,

como, por exemplo, o caso do aborto, no qual se tem, de um lado, pessoas em defesa da vida do feto e de outro aquelas que defendem o direito da mulher sobre o próprio corpo –, que permitem trazer determinadas matérias ao debate político sem interesses escusos, mas, sim, ambas as partes defendendo suas posições com racionalidade e boa-fé, em busca do que entendem ser o melhor para a sociedade (WALDRON apud CONSANI, 2014, p. 162).

Em contrapartida às analogias de Ulisses e do povo bêbado, Waldron (apud CONSANI, 2014) também constrói a sua em desfavor dos pré-compromissos, denominando-a de analogia teológica. Segundo ele, pode-se considerar a existência de um homem em dúvidas quanto à sua própria fé e que possui uma vasta biblioteca com títulos referentes a várias crenças. Tendo ele optado por uma crença e se convertido em um fundamentalista daquela fé, o mesmo entrega a chave de sua biblioteca a um amigo e o orienta a que não lhe devolva nem mesmo a seu pedido. Waldron tenta demonstrar com esta analogia que o homem religioso pode mudar de opinião e que esta possibilidade deve estar sempre aberta ao debate atual, não se justificando a retirada de determinados temas do debate político como o que acontece com os pré-compromissos constitucionais (WALDRON apud CONSANI, 2014, p. 162).

Waldron (apud CONSANI, 2014) acredita que os únicos pré-compromissos constitucionais admissíveis seriam aqueles que garantam o próprio debate político e a participação popular, seriam pré-compromissos processuais ou formais. A preocupação do autor é o favorecimento do debate político com racionalidade e boa-fé, sendo que ele acredita que o debate só pode acontecer, conforme exposto, se a própria Constituição garantir procedimentos de participação nos quais a opinião de todos seja levada em consideração e que as minorias não se sintam constrangidas de manifestarem suas opiniões frente às majorias que vão se formando ao longo dos debates (WALDRON apud CONSANI, 2014, p. 163).

Em que pese a teoria de Waldron (2003; 2006) focar na democracia como ideal da participação do povo ou seus representantes no debate político, em uma realidade de autogoverno, não se pode olvidar o risco que se corre em permitir que tudo possa permear o debate político, frente às possíveis violações dos direitos individuais, principalmente de minorias e grupos vulneráveis. É certo que em sua teoria, o autor acredita em um debate sincero, de boa-fé, racional, mas mesmo nestas condições é bastante razoável um desacordo sincero que viole direitos de

minorias, como no caso brasileiro, diante da absoluta lacuna legislativa a proteger a comunidade LGBTTI. Será que se poderia afirmar que se estaria diante de uma minoria que acredita ter um direito que não tem? Tais direitos poderiam ser sacrificados em nome de uma teoria da autoridade, pelo simples fato destas minorias terem participado do debate político, tendo sido ouvidas com igualdade e respeito?

Como visto, dentre as teorias democráticas e do constitucionalismo, tem-se como ponto forte não só a questão do controle do poder do próprio Estado, mas também da proteção dos direitos individuais.

É notória a dificuldade que alguns Estados possuem de criar mecanismos e sistemas de garantia destes direitos individuais, e esta situação agrava-se, ainda mais, quando se fala em direitos individuais de minorias e grupos vulneráveis, tema que será abordado no próximo capítulo.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E MINORIAS

Este capítulo mantém um vínculo claro com o que se buscou apresentar no capítulo anterior, pois, tal como visto, a democracia e o constitucionalismo são frutos de muitas lutas e, ao contrário do que se possa afirmar, tais lutas permanecem construindo sociedades e suas democracias constitucionais. Infelizmente, não se pode sustentar, em referência, inclusive, à realidade brasileira, que o constitucionalismo e a democracia alçaram as sociedades modernas a um patamar de igualdade e justiça social, com sistemas em perfeito funcionamento nos quais todos os cidadãos estão protegidos e gozam de relativa igualdade no exercício de direitos. **Em muitos casos, ainda se está diante de Estados Constitucionais Democráticos que, por si só, violam ou inviabilizam a realização destes direitos.**

Mesmo as Constituições escritas, muitas vezes, **não conseguiram concretizar os direitos nelas previstos, principalmente em Estados Constitucionais Sociais; em parte por certa dificuldade de recursos, ou até mesmo por preconceitos históricos arraigados no seio de suas respectivas sociedades. A luta por um constitucionalismo democrático continua viva e é uma realidade de muitas sociedades contemporâneas, desde as economicamente mais evoluídas até aquelas em desenvolvimento.**

Tendo isso em mente, o presente capítulo analisa questões relativas a grupos minoritários e vulneráveis dando enfoque à família homoafetiva e à toda comunidade LGBTTI, tendo por base a construção histórica da homoafetividade e da família. O desenvolvimento do capítulo destaca a questão da fragilidade legislativa de grupos minoritários, demonstrando a hipervulnerabilidade legislativa a qual estão submetidas as famílias homoafetivas e a comunidade LGBTTI. Finaliza-se com uma sinopse de Direito Comparado que demonstra que **é possível a proteção destas pessoas através da legislação e dos Parlamentos.**

A intenção aqui é demonstrar que nas sociedades modernas, multiculturais e multifacetadas, nunca se fez tão presente o desafio do constitucionalismo na defesa de uma sociedade realmente democrática e que atenda o interesse de todos, incluindo aí os grupos minoritários. Para a consecução desse objetivo, buscou-se delimitar minimamente os conceitos de grupo minoritário e sua ligação com as questões da vulnerabilidade, focando na vulnerabilidade legislativa. Em uma análise

breve e com base no estudo dos professores Carlos Eduardo Artiaga Paula (2017), Ana Paula da Silva (2017) e Cléria Maria Lôbo Bittar (2017) observa-se que **entre sete grupos vulneráveis analisados no estudo somente o grupo LGBTTI não está amparado por leis federais nos cinco ramos do direito pesquisados** o que pode trazer, segundo o entendimento aqui defendido, uma hipervulnerabilidade do referido grupo e sua conseqüente maior dificuldade de participação democrática para a efetivação de direitos. Também se percorreu um breve caminho histórico no desenvolvimento das famílias, incluindo a realidade da evolução do instituto no Brasil, no qual foi possível constatar uma árdua luta contra o preconceito, não só contra as famílias homoafetivas, existente até os dias atuais, mas a todo tipo de família não constituída pelos vínculos matrimoniais, tendo a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) obtido êxito na inclusão das famílias heterossexuais não matrimoniais, ao reconhecer expressamente a união estável como entidade familiar, livrando tantas famílias de uma situação social marginal.

Tratar-se-á, ainda, acerca do contexto histórico da homossexualidade para que seja possível buscar uma melhor compreensão a respeito dos temas tratados na presente dissertação e sua relação com a própria evolução da família, bem como o forte e injustificado preconceito que sofrem ainda nos dias atuais as famílias homoafetivas. Finalizando o capítulo, apresentar-se-á um pequeno apanhado do direito comparado sobre o casamento e o reconhecimento das uniões civis homoafetivas, sem a intenção de esgotamento do tema, mas como continuidade de uma visão histórica a seu respeito, demonstrando não só que a história continua em construção, como sinalizado acima, mas também que é possível o reconhecimento pela via legislativa, de direitos às minorias, incluindo as hipervulneráveis, como é o caso da comunidade LGBTTI, inclusive em sociedades similares à brasileira como é o caso da portuguesa, argentina e uruguaia.

4.1 Minorias

A dificuldade de promoção, desenvolvimento e garantia dos direitos fundamentais é uma realidade para muitas sociedades, incluindo o Estado brasileiro. Dentre estas dificuldades, saltam aos olhos, **a defesa dos direitos fundamentais de grupos minoritários, vulneráveis ou de baixa participação política, como o**

que se dá com negros, indígenas, LGBTTI e mulheres, citando apenas alguns exemplos.

Especificamente quanto ao grupo LGBTTI tem-se ainda uma maior dificuldade de implementação, promoção e desenvolvimento dos direitos fundamentais, principalmente considerando as vias democráticas legislativas tradicionais, ordinárias.

O conceito de democracia não pode mais se limitar à sua definição clássica de vontade da maioria, sendo necessário, no mundo plural e diversificado da atualidade, que se abrace a diferença e se respeite as minorias, principalmente no que tange à garantia de seus direitos.

Nestes termos, é realmente possível, no caso brasileiro, a defesa dos direitos de minorias, especialmente o grupo LGBTTI na esfera democrática parlamentar, como defendido por Waldron (2003; 2006)? Será que estão reunidas todas as condições sociais elencadas por ele para que se possa defender um Estado Democrático sem um controle de constitucionalidade forte, como o que se desenvolve no sistema constitucional brasileiro? Até quando a obtenção de direitos minoritários pela via judicial enfraquece a a democracia brasileira? **Assim, para esta dissertação, entende-se necessário delinear minimamente os conceitos ligados às minorias e sua relação com a Política e com o Direito.**

Entende-se por minorias, os grupos de pessoas que, por algumas características extrínsecas ou mesmo intrínsecas, destoam da maioria de indivíduos de um seio social, possuindo, por questões históricas e sociais, baixa representatividade social estando alijados e/ou em dificuldade de obtenção de reais condições de gozo de direitos que, em tese, deveriam estar acessíveis a todos, independentemente de quaisquer circunstâncias.

Reforçando tal ideia, tem-se a visão de Rigaux, para quem as minorias podem ser classificadas como:

[...] todo grupo social detentor de traços relativamente indelévels e cujos os membros não poderiam por este motivo fundir-se em uma população homogênea apta a gerar maiorias flexíveis e mutáveis. O pertencer étnico, a língua, a fidelidade às tradições religiosas ou culturais, que não são partilhadas pela maioria da população, a orientação sexual, são alguns exemplos de traços próprios de um grupo social e que podem isolá-lo. [...] Nem todos estes traços são absolutamente indelévels, pode-se mudar de língua, de religião, escolher integrar-se ao modo de vida da população dominante, mas a questão é saber se é obrigado a fazê-lo, mais exatamente, se as leis adotadas pela maioria podem coagir ou

incitar a isso. E ilustra o exemplo de **membros do grupo dos homossexuais, que são diferentes entre si na língua, no sexo, na religião, mas pertencem a este grupo nas discriminações que os impedem ou dificultam o acesso ao emprego, a seguridade social, ou à indenização devidas ao cônjuge ou a concubina sobrevivente.** (RIGAUX apud MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 327, grifo nosso).

A ideia de minorias, ao menos em um contexto político-jurídico, surge no Direito Internacional com a formação dos Estados Nacionais e as guerras religiosas do século XVI e XVII, considerando a norma que obrigava os súditos de um determinado Estado a professarem a fé de seu soberano, fazendo surgir minorias religiosas desejosas de professar fé diversa daquela, destacando, neste contexto, os casos alemão e francês.

Na Alemanha dividida entre o imperador católico Carlos V e os diversos príncipes protestantes, destaca-se o acordo celebrado entre eles denominado Paz de Augsburgo que reconhece, entre outros direitos, o de imigração a grupos minoritários por questões religiosas. Na França destaca-se, por sua vez, o Editto de Nantes que representa um avanço importante nas questões ligadas à liberdade religiosa. Através deste documento, o rei católico francês reconhece o direito da minoria religiosa protestante, chamados na França de huguenotes, de professarem sua fé sem serem molestados, bem como coíbe discriminações em escolas, hospitais, acesso a empregos públicos e ofícios, e a pagamento de impostos (SORIANO, 2003, p. 98-99).

No contexto da formação dos Estados nacionais europeus, o surgimento de minorias se agrava, nascendo a necessidade de se promover a proteção daqueles grupos que, por suas características, diferiam em sua relação com um outro grupo mais numeroso, trabalho bastante difícil quando se considera a necessidade de afirmação da própria formação dos Estados nacionais que, muitas vezes, viam nos grupos minoritários uma ameaça a sua consolidação.

No contexto do constitucionalismo social, com a expansão das funções do Estado, o conceito de minorias não se limita mais apenas às diferenças culturais e identitárias, mas se alarga para abarcar também grupos marginalizados e de baixa participação política, como mulheres, negros, pessoas com necessidades especiais, homossexuais, pessoas de baixa renda, moradores de comunidades entre outros que, muitas vezes, são vítimas de preconceitos históricos (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 333).

Os grupos das mulheres e negros são bons exemplos de grupos considerados minoritários em termos de participação social e de vulnerabilidade mesmo sendo na sociedade brasileira numericamente superior ao grupo dos homens e dos declaradamente brancos.

Segundo censo do IBGE em 2016, 54,9% (cinquenta e quatro inteiros e nove décimos por cento) da população brasileira se declarava negra ou parda enquanto 44,2% (quarenta e quatro inteiros e dois décimos por cento) se declarava branca, destacando-se inclusive um aumento de auto declaração de negros e pardos de 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) frente à pesquisa de 2012, o que seria bastante significativo considerando que entre estas duas pesquisas o crescimento da população brasileira foi de 3,4% (três inteiros e quatro décimos por cento) (SARAIVA, 2017).

Quanto às mulheres, a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio - PNAD 2014 – do IBGE, identifica que a população brasileira é composta de mulheres, o equivale a 51,6% (cinquenta e um inteiros e seis décimos por cento) da população brasileira frente a de homens, o equivalente a 48,4% da população brasileira (BRASIL..., 2015).

Na definição de Iris Marion Young (apud NUNES, 2017, p. 26), grupos minoritários seriam aqueles que estão em situação de opressão e dominação em relação a outros indivíduos, que por meios de processos sistemáticos e institucionais, não lhes permitem a capacidade de auto realização mediante aprendizado e uso de habilidades que possam lhes permitir expressar, para terceiros, as suas perspectivas acerca do mundo.

A relação de dominação, por sua vez, está associada com a existência de estruturas institucionais que inibem ou evitam que certas pessoas participem das discussões capazes de determinar suas ações ou suas condições de ação. Em outras palavras, quanto mais o desenho institucional e o funcionamento prático das instituições evitar que um cidadão possa participar e influenciar efetivamente as discussões que afetem sua vida, mais se configurará uma relação de dominação (YOUNG apud NUNES, 2017, p. 26).

A definição de Young bem se harmoniza com a situação de vulnerabilidade de minorias que, numericamente, são majorias, mas que por questões ligadas às estruturas institucionais de uma sociedade não conseguem se auto realizar, bem como se fazer ouvir no debate público, transformando-se em grupos de baixa

participação política e, logo, vítimas da opressão e da dominação dos grupos hegemônicos (YOUNG apud NUNES, 2017, p. 26).

Ainda em conformidade com Young, em situações concretas ou reais, tais relações de opressão e dominação se manifestam, na existência dos grupos sociais, por meio de um sistema relacional. Um grupo que é identificado por fatores culturais, históricos, sociais, sexuais, se relaciona internamente com seus iguais e, externamente, com aqueles que não se identificariam com os fatores internos. Mas, para a autora, segundo aponta Nunes (2017), isso não significa que os membros do grupo não possam ter características individuais dissonantes do próprio grupo, ou que eles não possam se identificar com vários grupos ou mudar de grupo identitário. Young receita o atomismo individualista tradicional das teorias liberais clássicas, propondo uma forma de pensar a posição das minorias que não é essencialista, valorizando o papel do indivíduo e de sua autonomia mesmo dentro do grupo (YOUNG apud NUNES, 2017, p. 26-27).

4.2 Contexto histórico

Para o presente trabalho destaca-se a **vulnerabilidade das famílias homoafetivas** e todo grupo LGBTTI que, diante das estruturas sociais brasileiras, não conseguem participar do debate político na medida de alcançarem pela via legislativa a proteção de seus direitos.

Para melhor compreensão do conceito das famílias com a necessária inclusão das famílias homoafetivas, é válido um sucinto relato de sua evolução.

O direito de família, no decorrer da história da humanidade, talvez seja o ramo do Direito que mais se modificou, em razão da própria transformação da sociedade.

No princípio da civilização humana, tinha-se a noção de família como sendo aquele grupo onde as relações sexuais não eram individuais, havendo apenas a noção de maternidade, uma vez que não se podia afirmar quem era o pai das crianças que nasciam no grupo familiar (VENOSA, 2013, p. 3).

Quando estes grandes grupos familiares passam a se relacionar com outros, seja por motivos de guerra ou mesmo por falta de mulheres, as relações familiares passam a ser realizadas entre indivíduos de grupos diferentes que começam a vislumbrar a necessidade de exclusividade das relações sexuais, havendo a gênese do pensamento monogâmico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 53).

A ideia da família monogâmica surge por uma evolução natural do homem, que começa a se manifestar contrariamente ao incesto no meio social, iniciando-se um movimento em favor da prole, transportando a família matriarcal para a patriarcal (PEREIRA, 2011, p. 29-30).

As famílias organizadas de forma monogâmica passam a exercer atividades de produção econômica no seio do próprio grupo familiar, sendo que até a Revolução Industrial este era o principal viés da família da época. Este cunho econômico ajuda na consolidação da família como instituição monogâmica ligada à prole. Somente com a Revolução Industrial a família deixa seu cunho econômico para assumir seus valores espirituais ligados a moral a afetividade e a assistência recíproca (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 58).

Para citar o direito familiar em algumas culturas específicas, pode-se considerar a situação Babilônica que se fundava no casamento monogâmico, permitindo-se, no entanto, que o homem tivesse mulheres secundárias caso as principais fossem estéreis ou doentes, uma vez que a utilidade do casamento na Babilônia era quase que exclusivamente a procriação (VENOSA, 2013, p. 4).

Já na sociedade Romana, assim como na Grega, a importância da família girava em torno da religião, que tinha como regra o chamado culto familiar. Neste tipo de culto, o grupo familiar exercia a religião no seio da própria família, dedicando-se ao culto dos deuses por eles eleitos. Havia a necessidade de se propagar este culto familiar através das gerações, sob pena de se condenar as almas dos membros falecidos à infelicidade eterna (PEREIRA, 2011, p. 31).

Na família Romana, era fortíssimo o poder patriarcal. O pai era sempre o chefe da família e exercia poder absoluto sobre a mulher, os filhos e também sobre os escravos que integravam de certa forma a noção antiga da família romana. Evidentemente que não se pode negar que poderia haver na família romana algum tipo de afeto, mas, definitivamente, não era este o elo de ligação do grupo familiar (PEREIRA, 2011, p. 31).

Na idade média, o cristianismo em muito contribuiu para a noção sagrada do casamento que já existia na antiga sociedade romana, mas, neste período, a família ganha ainda maior contorno econômico no sentido de ser ela a protetora do patrimônio. Aqui persiste a noção do casamento sem afeto, sendo que, quase sempre, os casamentos medievais eram “arranjados” pelos pais dos nubentes visando o aumento e/ou a manutenção de seus patrimônios (VENOSA, 2013, p. 4).

Com a era cristã, pode-se afirmar que a família continuou a ser a propagadora do culto familiar, não mais do culto pagão dos romanos, mas do culto cristão, estando o casamento, ao longo de um grande período, intimamente ligado à noção da religião oficial do Estado.

Somente em tempos modernos, mesmo que com fortes influências religiosas, pode-se afirmar que a família tem ganhado cunho exclusivamente jurídico (VENOSA, 2013, p. 5).

A família moderna básica, composta de pais, mães e filhos não mudou muito, no entanto, não se pode afirmar o mesmo quanto à sua finalidade, papel de pais e mães e quanto às novas composições.

Tais modificações na família moderna se dão pela própria transformação da sociedade. Atualmente, não é mais a família a única responsável pela educação dos filhos e pela transmissão dos conhecimentos profissionais e religiosos. Hoje, tais funções estão divididas entre a própria família, a escola, clubes, o Estado constituído, as diversas religiões e tantos outros meios de convivência social. A própria lei tem trazido para si e delegado a alguns órgãos por ela criado alguns dos poderes que eram exclusivamente inerentes à família (VENOSA, 2013, p. 5).

Isso sem falar nas modificações trazidas para a noção de família, pela permissão do desfazimento dos laços matrimoniais, da enculturação da “produção independente”, da própria evolução da ciência, etc.

No Brasil, muitos avanços foram vivenciados no âmbito do direito das famílias nos últimos cinquenta anos, fruto da própria evolução da sociedade brasileira, mas, infelizmente, tais avanços não têm abarcado as famílias homoafetivas, pelo menos por meio da via legislativa.

Muitos fatores contribuíram para esta mudança, entre eles a emancipação feminina – com sua inserção no mercado de trabalho – e a conquista do voto, uma vez que representam grandes marcos do fim de uma sociedade familiar machista e feudalista, passando as mulheres a exigirem posição de igualdade frente aos homens, gerando mudança radical do papel dos membros nas famílias (RABELO; VIEGAS; POLI, 2012, p. 24).

Da rígida família heteronormativa formada exclusivamente pelo casamento indissolúvel passa-se à realidade das famílias plurais e multifacetadas, não mais baseadas na religião, na sobrevivência da espécie e em fatores econômicos, mas sim no amor e nos afetos.

Tendo por base o afeto, não mais se justifica a constituição da família como um relacionamento exclusivamente entre homem e mulher, ou apenas pelo vínculo do casamento, bem como a indissolubilidade deste.

No Brasil, desde a instituição do casamento civil pelo Decreto n. 181 de 1890 (BRASIL, 1890) até a emenda constitucional de n. 9 de 1977 (BRASIL, 1977), que alterou o parágrafo 1º do art. 175 da Constituição de 1969 (BRASIL, 1969), havia um casamento indissolúvel. Apesar de civil, o casamento permanecia influenciado pelo casamento canônico e sua máxima “o que Deus uniu o homem não separa”.

As uniões não matrimoniais, mesmo entre pessoas de sexos diversos, só chegaram a ter reconhecimento em 1988 com a promulgação da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que passou a utilizar os termos união estável, conviventes e companheiros, em substituição a concubinato e concubinos devido ao grande estigma destes últimos (FIUZA, 2013, p. 1178).

O divórcio e o reconhecimento das uniões estáveis passam a garantir no seio da sociedade brasileira direitos a uma gama de cidadãos que, até então, experimentavam um status de subcidadania e a carga do preconceito e do desprezo social.

O conceito de família contemporânea baseado no afeto, na dignidade e plena formação humana é tratado por Christiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald de forma bastante elucidativa:

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajudada), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. **É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais. Ao colocar em xeque a estrutura familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio às inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna** (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 13-14, grifo nosso).

Em que pese toda evolução legislativa referente ao direito de família no Brasil, os direitos das famílias homoafetivas e, na realidade, de todo o grupo LGBTTI,

permanecem às margens da lei, gerando violência, preconceito subalternidade, opressão e dominação.

4.3 Breve contexto histórico da homossexualidade

Não há dúvidas que a homossexualidade é tão antiga quanto a própria humanidade e, hoje, constitui, indubitavelmente, um fato da vida, o que de toda forma não isentou e ainda hoje não isenta a comunidade LGBTTI de preconceitos injustificados.

O termo “homossexual” tem origem etimológica grega e constitui a fusão de *homo*, que significa igual, e *sexus*, que significa sexo, ou seja, a palavra refere-se àqueles que sentem atração sexual por pessoas de igual gênero. Durante muito tempo foi comum a utilização do termo “homossexualismo”, hoje substituído por “homossexualidade”, considerando que o sufixo *ismo* é designativo de doença, enquanto o sufixo *dade* se refere a modo de ser e de agir (DIAS, 2004, p. 36).

Para a homossexualidade feminina também é bastante usual o termo “lesbianismo”, advindo da ilha grega de Lesbos no mar Egeu, onde a poetiza Sapho fundou uma associação de mulheres que cultivavam as práticas sexuais homossexuais (RODRIGUES; BÉO, 2004, p. 662).

Na Grécia antiga, era comum a prática homossexual, havendo obrigação para os preceptados de servirem sexualmente os preceptores como forma de preparação para a guerra, onde inexistia mulheres. Nas olimpíadas gregas, os competidores apresentavam-se nus, exibindo a beleza de seus corpos a uma plateia exclusivamente masculina, já que a presença feminina era proibida nestas arenas. No teatro grego, os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos e mascarados (DIAS, 2004, p. 86).

Na Roma antiga, por sua vez, mesmo já consolidada a ideia do casamento monogâmico e heterossexual, a prática da homossexualidade não era vista com negatividade, havendo algumas regras como a impossibilidade da prática homossexual passiva de um homem com outros homens subalternos, estabelecendo-se certa ordem sexual hierárquica (RODRIGUES; BÉO, 2004, p. 663).

Nasce das culturas religiosas, principalmente das três grandes religiões monoteístas do mundo, a ideia de sacralização do sexo como meio único exclusivo

para a procriação humana e, conseqüentemente, a condenação da homossexualidade e sua visão como um ato antinatural, abominável e de perversão (DIAS, 2004, p. 87).

Com forte influência religiosa, muitas sociedades internalizaram forte preconceito contra os grupos LGBTTI, deixando tais populações à margem da lei e, muitas vezes, submetidas a processos judiciais criminais, havendo até os dias atuais, países que criminalizam a homossexualidade, prevendo em suas legislações a pena de morte como punição, como é muito comum em países islâmicos (RODRIGUES; BÉO, 2004, p. 663).

Mesmo nos países ocidentais cristãos, a descriminalização da homossexualidade é algo relativamente recente, como o caso inglês que somente na década de 1960 deixou de considerar a homossexualidade crime ou o caso norte-americano, no qual até a metade do século passado alguns estados ainda consideravam as trocas de carícias homossexuais públicas como crimes de menor potencial ofensivo ou contravenções penais (RODRIGUES; BÉO, 2004, p. 663).

No campo científico, a homossexualidade não é mais considerada doença desde 1985, quando a Organização Mundial da Saúde excluiu o homossexualismo do Cadastro Internacional de Doenças, alterando o comportamento homossexual do capítulo das doenças mentais para o dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais, fazendo sua última revisão a respeito do tema em 1995, com a substituição do sufixo *ismo* pelo *dade* (DIAS, 2004, p. 89).

Maria Berenice Dias cita, em uma de suas obras, interessante estudo realizado nos EUA que indicam causas genéticas para o comportamento homossexual:

O estudo de gêmeos univitelinos, bivitelinos e adotados mostra que 30 a 70% dos casos decorrem de fatores genéticos, e não somente do ambiente social e afetivo em que são criados. Busca-se agora identificar os genes que agem no desenvolvimento da homossexualidade. Também restou identificado que o hipotálamo (região do cérebro que passa a controlar certos impulsos sexuais) dos homossexuais tem a metade do tamanho do hipotálamo dos heterossexuais, sendo da mesma dimensão do das mulheres. Assim, não se deve taxar a homossexualidade como um desvio de conduta ou uma escolha pessoal (DIAS, 2004, p. 89).

4.4 Vulnerabilidade legislativa

Conforme exposto por Busso (2005, p. 16), a expressão **vulnerabilidade** diz respeito a uma situação ou um processo multidimensional e multicausal, em que há a confluência simultânea de exposição a riscos, incapacidade de resposta e adaptação de indivíduos, lugares ou comunidades, os quais podem ser feridos ou expostos a danos ou lesões em razão da permanência de situações externas e internas que afetam o seu nível de bem-estar, bem como o exercício de seus direitos.

Situação oposta à de vulnerabilidade seria a **invulnerabilidade**, caracterizada, conforme apontado por Busso (2001, p. 8), pela proteção total ou blindagem eficaz contra choques adversos que geram lesão (a direitos, inclusive). Seguindo ainda a linha de raciocínio traçada pelo autor, entre estes dois extremos (vulnerabilidade e invulnerabilidade) haveria uma gradação dada pelos recursos internos (dos indivíduos, coletividades, grupos, etc.) que permitem alternativas de ação contra as lesões decorrentes dos efeitos de fatores e mudanças externas, de maneira que **quanto maior a quantidade, diversidade, flexibilidade e rendimento presentes nos recursos internos que podem ser mobilizados para fazer frente às mudanças externas, menor será o nível de vulnerabilidade** (BUSSO, 2001, p. 8).

Associando a expressão “vulnerabilidade” ao exercício de direitos humanos, tem-se a prudente visão de Cançado, Souza e Cardoso (2014), ao afirmarem que, **no que tange à realização de direitos humanos, a vulnerabilidade atinge aqueles que “[...] não são plenamente reconhecidos como sujeito de direitos, ou seja, têm seus direitos violados” (CANÇADO; SOUZA; CARDOSO, 2014, p. 16) e, mesmo tendo amparo formal em termos de direitos, não são contemplados com o que os autores chamam de “ativos necessários” para exercê-los, ou seja, condições reais e materiais para a sua concretização, ocasionando a chamada invisibilidade social**, situação conflitante com a norma contida no art. 3º do texto constitucional brasileiro vigente (BRASIL, 1988).

A partir disso, e, fazendo-se menção à espécie de vulnerabilidade a que se dará tratamento na presente dissertação, pode-se dizer que a legislação ou o reconhecimento legislativo de questões tormentosas próprias de certas categorias minoritárias, em termos de aperfeiçoamento do exercício e proteção de direitos, aumenta ou potencializa o acervo interno de condições reais dessas pessoas,

tornando-as mais aptas a enfrentar as dificuldades externas de convivência e tolerância social.

A partir dessa dificuldade na realização de direitos humanos fundamentais por parte de determinados segmentos sociais, tem-se a situação específica dos grupos LGBTTI. Dentre as tantas manifestações de vulnerabilidade relativas à realização adequada de direitos humanos, enfrentadas pelos indivíduos que compõem este e outros grupos minoritários, interessa aqui a situação específica da vulnerabilidade legislativa, representação de verdadeiro desamparo institucional estatal, manifestação significativa de vulnerabilidade, conforme prudentemente observado por Busso (2001, p. 8).

Diferentemente de outros grupos vulneráveis, as famílias homoafetivas (e, no geral, toda a comunidade LGBTTI), se encontram em uma situação de absoluto esquecimento legislativo. Se comparados a outros grupos minoritários, como negros, mulheres, crianças e adolescentes, índios, deficientes, dentre outros, verifica-se que há um atraso infinitamente maior (e, porque não dizer, um vazio propriamente dito), na produção legislativa protetiva da comunidade LGBTTI e, conseqüentemente, das famílias homoafetivas.

Sobre o tema, interessante trabalho foi desenvolvido pelos professores Carlos Eduardo Artiaga Paula, Ana Paula da Silva e Cléria Maria Lôbo Bittar (2017), em que eles, através de método de pesquisa qualitativo, fizeram o levantamento de lei federais (até o ano de 2017) agrupadas em cinco categorias (civil, criminal, administrativo, processual e trabalhista) que conferissem proteção específica a sete grupos minoritários, pelo fato característico de serem minorias, sendo eles: idoso, mulher, criança/adolescente, deficiente, índio, negros e LGBTTI.

A partir da análise da legislação brasileira, referido trabalho passou a classificar os grupos minoritários escolhidos como alvos de uma proteção legislativa forte, quando existente legislação específica nas cinco categorias analisadas e como proteção legislativa fraca quando o grupo minoritário não atendia referido critério. Ao final do estudo, chegou-se à conclusão de que somente o grupo dos LGBTTI foi alvo de uma proteção legislativa fraca ou, se se preferir, ficou destituído de uma proteção legislativa forte.

O primeiro grupo analisado foi o dos idosos, que possui uma lei específica para a sua proteção (“Estatuto do Idoso” – Lei n. 10.741/03) que, por si só, já contemplará as cinco áreas analisadas. Ao idoso é garantido, em legislações

codificadas e esparsas, dentre outros direitos, a prioridade na tramitação de processos judiciais e administrativos que o tenham como parte (art. 71, Estatuto do Idoso); direito ao transporte público gratuito (art. 230, §2º, CF e arts. 39 e 40, Estatuto do Idoso); possibilidade de decretação da prisão preventiva do acusado de ter cometido crime contra o idoso (art. 313, III, CPP); imposição, no cálculo da pena, de circunstância agravante caso o crime tenha sido cometido contra o idoso (art. 61, II, “h”, CP); proibição de discriminação laboral (art. 27, Estatuto do Idoso); não obrigatoriedade do exercício da tutela de menores (art. 1736, II, CC); amparo por benefício financeiro mensal de idoso que não poder prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família (art. 203, V, CF); direito do amparo da família do Estado e da sociedade (art. 230 CF); foro privilegiado nas ações de defesa dos direitos previstos no estatuto (art. 53, III, “e”, CPC); etc.

Para o grupo das mulheres foram observados a existência de legislação de proteção contra a violência doméstica (Lei n. 11.340/06 - Lei Mara da Penha); possibilidade de decretação de prisão preventiva do acusado de crime contra a mulher (art. 313, II, CPP); proteção da gestação (Lei n. 11.804/08 – Lei dos Alimentos Gravídicos); qualificação de crime contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (Art. 121, § 2º, VI, CP – Crime de Femicídio); necessidade de notificação compulsória de violência contra as mulheres atendidas no serviço público ou privado de saúde (Lei n. 10.778/03); proibição de discriminação e proteção do trabalho da mulher e da lactante (Art. 7º, XX CF; arts 198, 373-A, 389, II e III, § 1º entre outros da CLT).

No grupo das pessoas com deficiência, igualmente identificou-se vasta proteção legislativa, destacado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência adotada pelo Brasil com força de norma constitucional (Decreto n. 6.949/2009) que, sozinhos, já garantem direitos a este grupo minoritário nas cinco categorias selecionadas pelos autores do estudo. São direitos de garantia de participação diferenciada em concursos públicos, com cotas que lhes são especificamente destinadas (art. 37, VIII, CF; Lei n. 8.112/90); preferência na ordem de recebimento de precatórios (art. 100, § 2º, CF); proibição de discriminação no campo laboral e toda a sistemática de incentivo à contratação de sua mão de obra (art. 7º, XXXI, CF), aplicação de penas mais gravosas aos que cometem crimes contra deficientes (arts. 149-A, 203 e 207, CP), entre tantos outros.

Outro grupo analisado foi o dos negros, que também possui uma legislação específica, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal n. 12.288/2010), que abarca direitos em todas as categorias pesquisadas. Destacou-se a previsão constitucional que eleva o crime de racismo à condição de crime inafiançável (art. 5º, XLIII, CF); a proibição de práticas discriminatórias na contratação e permanência no trabalho (Lei n. 9.029/95) e a permissão do uso da Ação Civil Pública para a proteção da honra e dignidade de grupos raciais (Lei Federal n. 7.347/85).

Quanto às crianças e adolescentes, outro grupo analisado no estudo, estes também possuem uma legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90), reconhecidamente um texto garantidor dos direitos deste grupo vulnerável. Em defesa das crianças e adolescentes, a legislação prevê penas mais graves para aqueles que cometem crimes em seu desfavor (art. 149-A, § 1º, II, art. 203, § 2º, art. 207, § 2º, CP); possibilidade do decreto de prisão preventiva quando a vítima do crime for criança ou adolescente, como meio de garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III, CPP); direito à assistência gratuita em creches e pré-escolas até os 5 (cinco) anos de idade aos pais ou responsáveis trabalhadores (art. 7º, XXV, CF); proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre aos menores de 18 (dezoito) anos e qualquer trabalho aos menores de 16 (dezesesseis), salvo a partir dos 14 (quatorze) na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII, CF); vasta gama de direitos de proteção do trabalho dos menores (arts. 402 e ss., CLT), etc.

Referido trabalho apresenta ainda o levantamento quanto ao grupo dos indígenas que, como os demais grupos, possuem uma legislação especial, no caso, o Estatuto do Índio (Lei Federal n. 6.001/73) que, sozinho, já abarcaria proteção nas cinco categorias selecionadas no estudo. Cita, exemplificativamente, a proteção ao trabalho indígena com o aumento de pena em casos de frustração de direito trabalhista ou de aliciamento com o fim de levá-lo a outra região do território nacional (art. 203, § 2º; 207, §2º, CP); a existência de órgão administrativo para cuidar dos interesses indígenas (Lei n. 5.371/67); a proteção ao uso da língua indígena materna no processo de educação (art. 210, § 2º, CF); a proteção, apoio, incentivo, valorização e difusão da cultura indígena (art. 215, § 1º, CF); a demarcação das terras indígenas (art. 231, CF); a legitimação do Ministério Público como órgão de defesa dos interesses indígenas (arts. 129, V; 232, CF), etc.

Por fim, o trabalho apresenta o grupo LGBTTI destacando que, diferentemente de todos os outros seis grupos pesquisados, não existe no âmbito federal, qualquer legislação de proteção específica desta categoria, ressalvando a existência de algumas legislações estaduais e as conquistas de direito pela via judicial. Os pesquisadores afirmam que tal situação traz uma grande insegurança jurídica considerando que os direitos LGBTTI estariam sujeitos às fortes divergências interpretativas dos magistrados (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017, p. 3846).

Tal estudo demonstra com bastante clareza que dentre os próprios grupos vulneráveis, há uma hipervulnerabilidade dos grupos LGBTTI, os quais não contam com qualquer proteção legislativa no âmbito federal. Referida constatação não tem a pretensão de adentrar na questão da efetividade de tais normas na proteção social destes grupos, mas é inegável que tais legislações trarão, aos grupos vulneráveis que pretendem proteger, certo grau de visibilidade e possibilidade de implementação de políticas públicas voltadas à diminuição de citadas vulnerabilidades.

Em que pese o silêncio absoluto do legislador federal no caso brasileiro, algumas normas emanadas por órgãos executivos federais já preveem certos direitos à comunidade LGBTTI. Pioneiro nesta regulamentação, tem-se o Ministério da Previdência Social que, com base em parecer da Advocacia Geral da União, editou no ano de 2010 portaria de número 513, que estende a casais homossexuais a condição de dependente para fins previdenciários (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2010).

4.5 Casamento homoafetivo e o Direito Comparado

No direito comparado, vários são os países que, por meio legislativo, já regulamentaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou algum tipo de parceria civil.

Na Europa, o movimento inicia-se em 1989 quando a Dinamarca promulga lei protetiva às uniões homoafetivas através do reconhecimento de parcerias registradas – seu exemplo foi seguido na década de 1990 por Noruega, Islândia, Reino Unido e Suécia. Tais lei de parcerias registradas não equiparava as uniões homoafetivas ao casamento, mas regulava diversos direitos destes casais (BARROSO, 2011, p. 113-114).

A legislação Catalã, já em 1998, reconheceu a possibilidade da constituição da união estável entre pessoas do mesmo sexo, equiparando direitos tanto a casais homossexuais quanto a casais heterossexuais, exemplo que foi seguido por outras comunidades autônomas espanholas como Aragão (1999), Navarra (2000) e Valência (2001) (VARGAS, 2007).

Na França, no mesmo sentido, promulgou-se, em 1999, a lei do Pacto Civil de Solidariedade, que permite a pessoas maiores, independentemente da configuração de gênero do casal, a celebração de pacto regulador de sua relação. Na Alemanha, a lei que permitiu a casais homossexuais regularem sua relação através de contrato é de 2001, mesmo ano em que o parlamento Português aprovou um decreto regulamentando as uniões estáveis independentemente de sua composição sexual (BARROSO, 2011, p. 114).

Coube à Noruega, em 2001, o pioneirismo mundial em conceder aos casais homoafetivos o direito ao casamento sem qualquer distinção ao celebrado naquele país por casais heterossexuais, exemplo seguido pela Bélgica, em 2003, e Portugal, em 2010 (BARROSO, 2011, p.114).

Na realidade do Direito Comunitário, desde fevereiro de 1994, o Parlamento Europeu emitiu resolução sobre a igualdade de direitos entre homossexuais e heterossexuais na União Europeia, destacando a necessidade de respeito às pessoas independentemente de sua orientação sexual (BARROSO, 2011, p. 114-115).

Mas o fenômeno de regulamentação legislativa dos direitos homoafetivos, em especial o casamento, não se restringiu ao continente europeu. Há casos exitosos também no continente americano e africano.

Na realidade Canadense, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é reconhecido desde 2005 pela lei *Civil Marriage Act*, que é corolário lógico da tolerância, respeito e igualdade previstos na Carta Canadense de Direitos e Liberdades. No caso canadense, a legislação foi editada após diversos julgados reconhecerem referidas uniões e da especial manifestação da Suprema Corte, que não só declarou que tal lei não violaria dispositivos constitucionais, mas realizaria o princípio da igualdade (BARROSO, 2011, p. 115).

Na Argentina, a legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires reconhece a união civil entre pessoas do mesmo sexo desde 2002, tendo sido legalizado o

casamento em todo o país por lei editada pelo Congresso Nacional no ano de 2010 (BARROSO, 2011, p. 115).

O Uruguai foi o segundo país das Américas a legalizar por lei o casamento homoafetivo, após uma tramitação legislativa de praticamente dois anos, o projeto de lei conhecido como casamento igual foi promulgado em 10 de abril de 2013 (URUGUAI..., 2013). O Chile, por sua, optou por reconhecer, por lei, a união civil com independência da configuração de gênero, em 22 de outubro de 2015 (CHILE..., 2015).

A África do Sul, primeiro país do mundo a garantir constitucionalmente o status de direitos humanos à orientação sexual, foi também o primeiro país do hemisfério sul a editar lei reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo no ano de 2006, após decisão do Tribunal Constitucional daquele país, que entendeu pela inconstitucionalidade da definição do casamento somente a pares heterossexuais (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2010).

Outros países também já fizeram constar em suas legislações o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou algum tipo de regulamentação das uniões estáveis ou parcerias civis, não tendo o presente subcapítulo a intenção de listá-los em sua totalidade.

Vale lembrar ainda que, em alguns países, existe o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, até mesmo pelo vínculo do casamento, por entendimento judicial, como o que acontece nas Américas com Estados Unidos, Brasil e Colômbia. Mas, propositalmente, a intenção no presente subcapítulo era demonstrar o estágio evolutivo legislativo do direito às uniões homoafetivas.

5 REALIDADE BRASILEIRA: O LEGISLATIVO E OS DIREITOS LGBTTI

Neste capítulo, apresentar-se-á a realidade legislativa brasileira na proteção dos direitos LGBTTI por meio da exposição de alguns projetos de leis que tramitam ou tramitaram no Parlamento brasileiro. Estruturalmente, o capítulo se inicia com o projeto de lei n. 1151/1995, de grande carga simbólica justamente por ter sido o primeiro projeto de lei que tentou regulamentar as parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo. **Na análise de sua tramitação, com seus pareceres e discussões, pode-se observar a forte carga religiosa a fundamentar o posicionamento dos legisladores contrário ao projeto.**

Em seguida, analisou-se o projeto de lei n. 2.285/2007, que institui o Estatuto das Famílias, o qual tinha como principal fundamento o tratamento isonômico das famílias homoafetivas e das famílias heteroafetivas, garantindo-se àquelas todos os direitos previstos a estas.

Na sequência, discutiu-se o projeto de lei n. 134/2018, que ainda tramita no Senado Federal e visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, com texto bastante arrojado e moderno que, caso aprovado sem grandes alterações, promoverá os direitos das famílias homoafetivas e de toda comunidade LGBTTI.

Na realidade, vários são os projetos de leis que foram apresentados ao parlamento brasileiro nos últimos anos, que tinham como objetivo regulamentar algum direito da comunidade LGBTTI, entre eles a união estável ou até mesmo o casamento.

Em seguida, passa-se a uma breve análise do debate a respeito do casamento homoafetivo e dos direitos LGBTTI no âmbito do Legislativo iniciando pelo PL n. 1151/1995 de autoria da então deputada Marta Suplicy (PT/SP)⁶.

5.1 Projeto de Lei n. 1151/1995 (de autoria de Marta Suplicy)

Talvez este seja o mais emblemático dos projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional sobre o tema, apresentado em 26 de outubro de 1995. Bastante tímido para o cenário atual, mas verdadeiramente progressista para os idos de 1995, o projeto tinha como objetivo disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo,

⁶ Toda filiação partidária de deputado citada no presente trabalho é equivalente ao tempo da apresentação ou discussão do projeto citado.

visando a proteção do direito à propriedade e à sucessão, além de outros nele previstos para parceiros do mesmo sexo em convivência.

Note-se que o referido projeto não tinha qualquer intenção de equiparação da união civil entre pessoas do mesmo sexo ao casamento ou mesmo às uniões estáveis heteroafetivas já reconhecidas pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), tanto é verdade que no citado projeto de lei não se menciona a expressão casamento e união estável, a não ser quando se passa a tratar das alterações em legislações pré-existentes, a partir do artigo nono. Em suas justificativas, a deputada proponente dedica-se especialmente ao tema, frisando que o projeto não tem a intenção de conceder às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo igual *status* ao do casamento, reconhecendo que a utilização das expressões matrimônio e casamento estariam reservadas ao casamento heterossexual com todas as suas implicações ideológicas e religiosas, em que pese sua intenção de concessão de direitos iguais às parcerias homossexuais permanentes (SUPLICY, 1995).

O projeto de lei em comento previa o registro das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo em livro próprio de Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 2º) após a lavratura de escritura pública em Cartório de Notas, que deveria conter sobre as disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas, inclusive as previsões patrimoniais retroativas à data da celebração, considerando a legalização de uniões já existentes (art. 3º) (SUPLICY, 1995). A celebração de tais uniões só poderia ser feita entre pessoas capazes e que não tivessem impedimento para o casamento heterossexual, ou seja, só poderiam ser celebradas entre pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas (§ 1º, art. 2º) (SUPLICY, 1995).

Apesar de o projeto de lei não ter a intenção de equiparação da união civil entre pessoas do mesmo sexo ao casamento e às uniões estáveis, como visto, a regulamentação prevista para a dissolução de referidas uniões, seguia os mesmos trâmites anacrônicos da época para a dissolução do casamento e da união estável. A dissolução das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo só seria permitida em razão da morte de um dos conviventes ou de decretação judicial (art.4º), havendo, inclusive, necessidade de demonstração de culpa⁷, com a indicação da infração contratual (art. 5º) (SUPLICY, 1995).

⁷ A culpa pelo fim do casamento, a necessidade de prévia separação de fato ou judicial para o divórcio, bem como a previsão de prazos, incluindo o prazo mínimo para se requerer a separação

Seguindo o mesmo sistema do casamento e das uniões estáveis, só seria possível o requerimento judicial consensual de dissolução da união civil entre pessoas do mesmo sexo, após dois anos de sua constituição (§s 1º e 2º, art. 5º) e a necessidade de averbação tanto da constituição quanto da dissolução nos assentos de nascimento e casamento anterior dos conviventes (art. 7º) (SUPLICY, 1995).

O texto do projeto de lei ainda continha, expressamente, o direito à impenhorabilidade do imóvel próprio utilizado como moradia dos conviventes (art. 10); direitos previdenciários (arts. 11, 12 e 13); direitos sucessórios (art. 14); direito ao exercício da curatela do convivente acometido de incapacidade civil (art. 15) e redução de prazo para a concessão de naturalização em casos de estrangeiro que constituísse união civil com cidadão brasileiro (art. 16) (SUPLICY, 1995).

Na justificativa de seu projeto, a deputada Marta Suplicy (PT/SP), destacava que a homossexualidade é uma realidade da vida, não sendo a heterossexualidade a única forma de manifestação da sexualidade humana, havendo uma necessidade da regulamentação das referidas uniões (SUPLICY, 1995).

Esse projeto pretende fazer valer o direito a orientação sexual, hetero, bi ou homossexual, enquanto expressão dos direitos inerentes à pessoa humana. Se os indivíduos têm direito à busca da felicidade, por uma norma imposta pelo direito natural a todas as civilizações, não há porque continuar negando ou querendo desconhecer que muitas pessoas só são felizes se ligadas a outras do mesmo sexo. Longe de escândalos e anomalias, é forçoso reconhecer que estas pessoas só buscam o respeito às suas uniões enquanto parceiros, respeito e consideração que lhes é devido pela sociedade e pelo Estado. Relacionamentos pessoais baseados num compromisso mútuo, laços familiares e amizades duradouras são parte da vida de todo ser humano. Eles satisfazem necessidades emocionais fundamentais e proveem a segurança e aconchego em horas de crise em vários momentos da vida, inclusive na velhice. São um poderoso instrumento contra a falta de raízes, protegem e mantêm a integridade dos indivíduos. Com esta intenção, a relação permanente e compromissada entre homossexuais deve existir como possibilidade legal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p. 05828).

Ainda na justificativa do projeto, salientou-se que a regularização das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo possibilitaria o encorajamento de gays e lésbicas a assumirem sua orientação sexual, tornando suas vidas mais fáceis, com diminuição da angústia, maior proteção da saúde física e mental, diminuição ou extinção do sentimento de medo, vergonha e de isolamento (SUPLICY, 1995). A

justificativa ainda lembrava que o projeto poderia contribuir para a diminuição da violência contra as pessoas LGBTTI, considerando que o Brasil tinha (e, ainda tem!) altos índices de violência contra esta comunidade.

Quanto aos aspectos jurídicos, a justificativa do projeto de lei evocava os objetivos da República Federativa do Brasil constantes na Constituição Federal (art. 3º) de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação conforme preceitua os incisos I e IV do artigo 3º (BRASIL, 1988), finalizando com a necessidade do Direito de abarcar a diversidade da sociedade brasileira acompanhando as mudanças sociais (SUPLICY, 1995).

O projeto de Lei n. 1151/1995 (SUPLICY, 1995) foi encaminhado para a Comissão Especial constituída por força do inciso II do art. 34 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em junho de 1996, e teve como relator o deputado Roberto Jeferson (PTB/RJ). No âmbito da comissão realizaram-se nove audiências públicas que tiveram como expositores o professor Toni Reis, presidente do Grupo Dignidade de Curitiba (06.06.1996); Luiz Mott, antropólogo e presidente do grupo gay da Bahia (25.06.1996); Dr. Cláudio Pérsio Carvalho Leite, médico psiquiatra e psicanalista (13.08.1996); exibição do filme “Servindo em silêncio” do diretor Jeffrey A. Blockneer, seguido de debate entre os deputados Marta Suplicy e Eduardo Mascarenhas (20.08.1996); Dr. Luiz Edson Fachin, jurista e Dr. Ronaldo Pamplona, psicólogo e psicodramatista (27.08.1996); Dr. Ricardo Brissola Balestreri, presidente da Anistia Internacional no Brasil (08.10.1996); Prof. Doutor e Padre Leonardo M. Martin, diretor do Instituto Teológico (15.10.1996); Dra. Simone Nogueira, coordenadora dos Direitos Humanos da OAB/DF (29.10.1996) e Barbro Westerholm, deputada sueca (05.11.1996) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01826).

Quanto às exposições realizadas nas audiências públicas, o relator do projeto sintetizou as seguintes ideias:

- a) A Heterossexualidade e a homossexualidade não têm ligação com questões de saúde, e a Organização Mundial da Saúde já não considera a homossexualidade doença. Diante de pesquisas científicas que estudaram o sistema nervoso central, hormônios, o funcionamento do aparelho genital e as próprias relações homoafetivas e não teriam encontrado quaisquer fatores que pudessem diferenciá-las de homens e mulheres heterossexuais, não havendo dúvidas científicas de que a homossexualidade nada mais seria que

um comportamento diverso do da maioria da população. A sociedade de psiquiatria americana há mais de 20 (vinte) anos considera antiética e improdutiva a tentativa de mudança da orientação sexual das pessoas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01827).

- b) O próprio texto constitucional garantiria a liberdade e a igualdade sem distinção de qualquer natureza, bem como o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o que seria a base jurídica da construção que afirma que a sexualidade é parte integrante da condição humana, constituindo-se em direito personalíssimo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01827)
- c) Os efeitos patrimoniais das uniões entre pessoas do mesmo sexo já vêm sendo reconhecidas pelo Judiciário e, se o Legislativo não regular tais situações, os tribunais o farão com base no que teria acontecido com a regulamentação patrimonial das uniões de fato heterossexuais pela súmula n. 380 do STF de 03.04.1964 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01827).
- d) Os problemas sucessórios advindos do não reconhecimento das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo não podem ser solucionados por meio de testamentos, considerando a inviabilidade de tal instrumento diante da presença de descendentes e ascendentes e sua consequente limitação ao direito de testar (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01827).
- e) Além dos direitos sucessórios, o não reconhecimento das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo nega direitos previdenciários, entre outros, a uma população que, no Brasil, estava estimada em 16 (dezesesseis) milhões de pessoas, ou seja, 10% (dez por cento) da população daquela época (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01827).
- f) No direito comparado, muitos países já aceitam a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo e isso não alterou em nada os conceitos de moralidade e ética destas sociedades e, além disso, a existência de homossexuais famosos comprova que não existe problema na discussão e no acolhimento das pessoas homossexuais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01827).
- g) Quanto aos direitos humanos apontou-se que a liberdade, dignidade e a autonomia devem ser garantidas a todas as pessoas conforme princípio básico constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01827).

Na parte dispositiva de seu relatório, o deputado Roberto Jeferson (PTB/RJ) iniciou afirmando que as relações homossexuais são uma realidade social no Brasil e que precisavam de uma regulamentação jurídica, até mesmo porque a legislação brasileira compelia o juiz a decidir as causas que lhe são submetidas mesmo diante de lacunas e obscuridades da legislação⁸ (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01828). **E continuou afirmando que caso o Poder Legislativo não cumprisse o seu papel, o Judiciário o faria.**

Tem o legislador, portanto, a responsabilidade da elaboração legislativa a fim de contemplar os fatos sociais que surgem em virtude da vida em sociedade. Os fatos sociais são, por excelência, dinâmicos. Os atos jurídicos praticados por homossexuais como decorrência da parceria entre eles contratada, de modo algum, poderiam ser excluídos do ordenamento jurídico, nem mesmo poderia o legislador omitir-se quanto a sua regulamentação. Se isto ocorresse, o Poder Judiciário através de sua jurisprudência, construiria a solução jurídica aplicável a essas questões. Não cabe, todavia, ao Judiciário legislar. Esta missão constitucional é do Poder Legislativo, que não se pode furtar ao desempenho de seu mister (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01828, grifo nosso).

Bastante interessante a colocação do relator do projeto de lei ao reconhecer a responsabilidade do Legislativo em tratar do assunto, mediante a realidade social vivida no Brasil e sua lúcida previsão de que se o Legislativo não o fizesse o Judiciário o faria. Tão lúcida, que realmente foi o que aconteceu no caso brasileiro.

Ainda no relatório da Comissão Especial, o relator destaca, mais uma vez, que o projeto de lei não tem qualquer intenção de equiparação das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo ao casamento ou à união estável e que sequer sua intenção era reconhecer estas uniões como entidades familiares, o que deixaria de fora a possibilidade da adoção e da alteração do estado civil (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01828). Reforça, ainda, que o registro das uniões civis em livro próprio, e não no livro de casamento, também deixa bastante clara a intenção do referido projeto de lei (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01828).

⁸ O relator cita o art. 126 do Código de Processo Civil vigente à época que dizia: O juiz não se eximirá de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (BRASIL, 1973a). O artigo 126 corresponde ao artigo 140 do novo Código de Processo Civil que ficou com a seguinte redação: O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (BRASIL, 2015a). O relator cita também o art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, que tem a seguinte redação: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 1942).

Evocando diversos princípios constitucionais, entre eles, da dignidade da pessoa humana, da justiça, da solidariedade, da não discriminação e do respeito aos direitos humanos, o parecer conclui que seria um contrassenso o constituinte originário consagrar referidos princípios e o legislador ordinário negá-los na elaboração das normas infraconstitucionais, seja através da ação ou da omissão (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01828).

O relator da Comissão Especial apresentou um projeto substitutivo ao original, que tem como principal ponto o acréscimo do parágrafo segundo ao artigo terceiro, que expressamente passou a proibir a adoção, tutela ou guarda de crianças e adolescentes em conjunto, mesmo quando o menor fosse filho biológico de um dos parceiros, além de outras pequenas alterações que não trouxeram grandes novidades ao projeto, como a alteração da denominação de união civil para parceria civil registrada (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01829).

O parecer do relator foi aprovado na Comissão Especial em 10 de dezembro de 1996 por onze votos a cinco, havendo parecer contrário em separado dos deputados Salvador Zimbaldi (PSDB/SP) e Severino Cavalcanti (PFL/PE) que se passa a analisar.

O deputado Salvador Zimbaldi (PSDB/SP) apresentou um sucinto parecer contrário ao projeto de lei, em linhas gerais, alegando que referido projeto seria uma desmoralização da sociedade e o desmantelamento da família brasileira; que o projeto tinha como objetivo regular uma aberração contrária à natureza, que teria criado cada espécie com dois sexos e que feriria os mais mezinhos princípios éticos da sociedade brasileira (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01833). Alega que a população deveria ser ouvida, justamente por tratar o projeto de uma estapafúrdia situação que abalroaria a consciência coletiva dos cidadãos brasileiros (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01833).

Ainda em seu relatório, o deputado Salvador Zimbaldi (PSDB/SP) alegou que não se justificaria um projeto que causaria tanta balburdia jurídica e imoralidade atentatória aos nobres princípios da comunidade, vez que **tão somente beneficiaria uma minoria**, afirmando por fim que o projeto impunha violentamente ao povo brasileiro algo que ele repudiaria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01833).

O relatório em separado do Deputado Severino Cavalcante (PFL/PE), por sua vez, atacou em separado cada uma das justificativas apresentadas pela deputada proponente do projeto, mas, igualmente ao voto do deputado Salvador Zimbaldi

(PSDB/SP), não traz argumentos minimamente racionais que pudessem afastar a constitucionalidade e juridicidade do referido projeto.

Em linhas gerais, o relatório do Deputado Cavalcante (PFL/PE) afirmou que o projeto de lei proposto, ao tentar introduzir a homossexualidade na legislação brasileira, seria uma decadência moral a minar os valores da sociedade **cristã** brasileira. Entre as afirmações extraídas do relatório destacam-se: que a prática homossexual é atentatória a **lei divina** e um **pecado** contra a natureza; que seria um tríplice atentado contra a lei moral, pois estimula o **pecado**, induz a sociedade a encarar com naturalidade e simpatia tal **pecado** e propõe ao Poder Público o reconhecimento oficial e a legalização desta forma de vida; que **atrairia a cólera divina** multiplicando-se a **prática do pecado**; etc. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01834).

Pode-se observar que o único argumento trabalhado no longo relatório do Deputado Cavalcante (PFL/PE) é o **argumento religioso**. Em sua exposição, o mesmo cita diversos documentos da Igreja Católica incluindo passagens bíblicas, publicações de revistas e documentos oficiais da igreja, fazendo longas transcrições de referidos documentos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01834-01835).

O exclusivo ponto de vista religioso do Deputado Cavalcanti (PFL/PE) é expresso abertamente, valendo a transcrição literal de algumas passagens:

O projeto quer eliminar assim uma certa vergonha, um salutar sentimento de culpa, que poderiam levar a uma mudança de vida, a uma continência sexual sustentada pela graça, mesmo conservando a tendência desviada. Pois Deus nunca falta àqueles que sinceramente desejam cumprir sua lei e pedem o seu auxílio. O projeto, pelo contrario, leva os culpados a uma certa tranquilidade dentro do pecado, eliminando assim, quase completamente, a possibilidade de conversão

[...]

Aprovando o projeto de lei comentado acima, o Brasil se coloca entre as nações que nada mais têm a esperar de Deus, senão o desencadear de sua ira. E esta virá sobre todos, e não apenas sobre os governantes e legisladores que reconhecem e legalizam o pecado. Mas também sobre todos os que o praticam, e sobre aqueles que, embora sem o praticarem, encaram-no com naturalidade, indiferença ou simpatia. E, muito especialmente, sobre aqueles que, por sua própria condição, têm a obrigação e os meios necessários para combatê-lo e, por omissão ou por ação, não o combatem e até o favoreceram (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997a, p. 01834).

Como se pode observar nos relatórios apresentados em separado, ambos não fundamentam a rejeição do projeto com razoabilidade, sem a utilização de uma doutrina abrangente. **Nota-se um absoluto desprezo pelas minorias, atitude**

dissonante a uma das premissas sobre a qual Waldron (2006) constrói sua teoria de dignificação da legislação e dos parlamentos. Segundo ele, sua teoria é pensada para uma sociedade que, mesmo acreditando na vontade da maioria como princípio geral da política, aceitaria que existem direitos individuais e liberdades que não devem ser negadas pelo simples fato de não serem convenientes para a maioria, na qual se acreditaria, ainda, que minorias têm o direito a certo grau de apoio e reconhecimento que não se deve medir pelo seu número ou peso político, supondo-se uma sociedade com alta consciência de defesa de direitos humanos (WALDRON, 2006, p. 1364).

Vale destacar que os cinco votos contrários ao projeto de lei na Comissão Especial, Salvador Zimbaldi (PSDB/SP) e Severino Cavalcanti (PPB/PE) são católicos sendo que aquele, segundo *site* do Centro de Pesquisa e Documentação da História Contemporânea do Brasil – CPDOC, da Fundação Getúlio Vargas – FGV, tem fortes ligação com o movimento da Renovação Carismática Católica e era um dos organizadores durante seu mandato na Câmara dos Deputados do grupo parlamentar católico (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2009a). Wagner Salustiano (PPB/SP) outro deputado que votou contrariamente ao relatório na Comissão Especial, segundo o mesmo *site* CPDOC, é membro da direção da **Igreja Universal do Reino de Deus**, e entre seus vários projetos de lei de cunho religioso, é autor do PL n. 2542/2000 (SALUSTIANO, 2000), que tinha como objetivo **instituir a segunda-feira de carnaval como dia Nacional de Oração** (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2009c). O referido projeto não foi aprovado, assim como nenhum projeto de sua autoria em todo o seu mandato como deputado federal. Philemon Rodrigues (PTB/MG), segundo *site* da própria Câmara dos Deputados é Pastor Evangélico e Teólogo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, [201-?]b). Jorge Wilson (PMDB/RJ) também com informações do *site* CPDOC é evangélico membro da **Igreja Universal do Reino de Deus** (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2009b).

Durante a tramitação do PL 1151/1995 (SUPLICY, 1995), algumas manifestações em plenário tentaram impedir a sua regular tramitação, como por exemplo, o requerimento apresentado em sessão plenária em 18 de junho 1996 pelo deputado Philemon Rodrigues (PTB/MG) de rejeição liminar do projeto por considera-lo evidentemente inconstitucional, com base no inciso II do artigo 137⁹ do

⁹ “Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicadas no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, para serem distribuídos

Regimento Interno da Câmara dos Deputados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996a). Houve nesta mesma ocasião contradita do deputado José Genuíno (PT/SP), que defendeu a constitucionalidade do projeto baseado nos princípios fundamentais insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996a, p. 17507-17508).

Na sessão plenária da Câmara dos Deputados em 1º de julho de 1996, assomou-se a tribuna da casa o deputado Severino Cavalcante (PLF/PE), comunicando sua recente participação no segundo encontro de políticos e legisladores da América, realizado na cidade do México, pelo Conselho Pontifício para a Família, órgão da Igreja Católica (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996b, p. 18820). Na oportunidade, o deputado não só discursou contra pautas contrárias aos interesses religiosos, como o aborto, métodos contraceptivos, suicídio assistido e eutanásia, mas atacou em especial o projeto de lei n. 1151/1995 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996b, p. 18821). Segundo o deputado, toda a pauta contrária à vida ou a favor da liberdade sexual é uma construção internacional encabeçada pela Organização das Nações Unidas visando à violação da soberania dos povos das Américas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996b, p. 18821). **Em seu longo discurso, o mesmo chega a afirmar que há comprovações científicas nos Estados Unidos da América que o uso do preservativo não protege a juventude de contração do vírus da Aids em relações sexuais anais, indo em desencontro a toda e qualquer pesquisa séria sobre o assunto, mesmo nos idos de 1996** (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996b, p. 18822).

Na mesma linha que iria seguir ao declarar relatório em separado na Comissão Especial que tratava do PL 1151/1995, a manifestação em plenário do Deputado Cavalcante (PFL/PE) mantém-se fiel ao argumento religioso:

O Projeto de Lei nº 1.151, de 1995, da ilustre Deputada Marta Suplicy, que "Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências" é uma aberração, cria repulsa e reação de toda a sociedade brasileira. Na verdade, o que se propõe nesse projeto é igualar a relação homossexual ao casamento entre um homem e uma mulher para constituir uma família. Isso é uma excrescência. É a destruição do sentido de família que é a base da sociedade. **Deus, ao criar o homem e a mulher, disse:**

aos Deputados, às lideranças e Comissões. § 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que: I – não estiver devidamente formalizada e em termos; II – versar sobre matéria: alheia à competência da Câmara; evidentemente inconstitucional; antirregimental. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

cresei e multipicai. Essa é a lei natural que o Estado apenas reconhece, pois é anterior ao próprio Estado. Querer mudar a lei natural é ir de encontro ao Criador e as consequências não tardarão. Há um adágio que diz: "Deus perdoa sempre; o homem, às vezes, mas a natureza, nunca!" Todas as vezes que contrariamos a lei natural sofremos as consequências. E não se tome como exemplo os países ditos "evoluídos". Vimos que o direito à vida, nesses países, é cada vez mais restrito. Nem todos têm o direito de nascer. Os doentes incuráveis, os velhos e indesejáveis já não têm assegurado o direito de continuar vivendo. Que desenvolvimento e que evolução são estas que não asseguram o mais primordial dos direitos, origem de todos os demais, que é o direito à vida? (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996b, p. 18823, grifo nosso).

Em sessão plenária da Câmara dos Deputados de 04 de julho de 1996, a primeira a defender o PL 1151/1995 foi sua autora a deputada Marta Suplicy (PT/SP) (SUPLICY, 1995). Iniciando sua fala, a deputada evocou o Direito Comparado e disse que seu projeto pretendia fazer o que muitos países de primeiro mundo já permitiriam: a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, frisando que referido instituto em nada se confunde com o casamento e a união estável, mas, apenas, serviria para a garantia de direito patrimoniais, de previdência e nacionalidade de uma população que não mais poderia ter invisibilidade.

Em resposta aos deputados contrários a seu projeto, a deputada alegou que as justificativas dos mesmos são fundamentalistas e equivocadas, como a alegação que referido projeto estaria incentivando o homossexualismo ou mesmo desestruturando a família (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996c, p. 19208). Sobre o primeiro ponto, a deputada considera que a homossexualidade não é algo vivido de um dia para o outro, mas sim uma percepção que se desenrola ao longo de uma vida quando as pessoas se percebem homossexuais como parte da construção de sua sexualidade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996c, p. 19209). Referente à desestruturação da família, a deputada considera que há fatores ligados a questões sociais com maior influência na desestruturação da família, como condições de miséria, o alcoolismo, o desemprego, a violência doméstica, o estupro e o abuso sexual de menores no próprio seio familiar (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996c, p. 19209).

Finalizando sua manifestação, a deputada afirmou que não era possível viver às portas do século XXI com as mesmas concepções de mundo do século passado, pois até mesmo as concepções de família se alteraram, com a legalização do divórcio, com casais matrimoniais que resolvem residir em casas diversas, com as mulheres que assumem sozinhas as responsabilidades familiares, exercendo,

inclusive, as responsabilidades paternas, com a proibição da discriminação entre os filhos havidos ou não da relação do casamento (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996c, p. 19209). E concluiu:

Mais do que estabelecer modelos ou normas, o importante é garantir que as diferentes formas de relações e vínculos que estão presentes em nosso dia-a-dia sejam respeitadas. Se todos têm direito à felicidade, não há por que negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e normas sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade. Queremos entrar no terceiro milênio com os direitos humanos assegurados a todos os cidadãos, independente de sua cor, crença, raça ou orientação sexual. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996c, p. 19208-19209).

Na sessão plenária de 11 de dezembro de 1996, o PL 1151/1995 foi pautado para discussão, mas retirado de pauta pela aprovação do requerimento do deputado Odelmo Leão (PP/MG), como líder do bloco parlamentar PPB/PL, que alegava alta complexidade da matéria tratada no projeto de lei o que ensejaria profunda análise por parte dos deputados do bloco parlamentar que representaria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996d, p. 33009). O requerimento foi aprovado após verificação nominal e o projeto retirado da pauta mesmo sob protesto de vários deputados, entre eles o deputado Fernando Gabeira (PV/RJ) que assim manifestou:

Sr. Presidente, voto contra o requerimento por achar que a questão é muito urgente. Neste momento, Sr. Presidente, em algum hospital do Brasil, há alguém sendo operado ou morrendo, e o seu parceiro ou a sua parceira não pode interferir no processo. Neste momento, há alguém perdendo a sua herança, as suas economias acumuladas ao longo dos anos, e não pode fazer nada. Cada minuto que adiamos esse processo é um minuto em que **negamos direitos fundamentais a pessoas que pagam os impostos, pessoas que produzem para o Brasil**. Portanto, Sr. Presidente, nossa posição é pela rejeição do requerimento e consideração da urgência desse projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996d, p. 33009-33010, grifo nosso).

Durante a tramitação da PL 1151/1995 ocorreu, ainda, manifestação em plenário dos deputados contrários ao projeto, Nilson Gibson (PSB/PE) em 28 de janeiro de 1997, sob a alegação de inconstitucionalidade do projeto que feriria o sentimento ético do povo brasileiro além de afirmar que a legislação brasileira já garantiria aos homossexuais os direitos tratados no projeto; Osmanio Pereira (PSDB/MG), em 05 de março de 1997, que, na mesma linha se posiciona contrário ao projeto por acreditar que o mesmo faz uma equiparação da parceria civil registrada ao casamento, mesmo não tendo o texto a isso se referido, e o deputado

Lael Varella (PFL/MG), que se manifesta contrário ao projeto com fundamentos exclusivamente religiosos, trazendo a plenário conteúdo de cartas que teria recebido nas quais seus eleitores escrevem versículos bíblicos de condenação da homossexualidade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997b, p. 05809-05810).

O projeto entrou na pauta para discussão no plenário da Câmara dos Deputados no dia 25 de junho de 1997 tendo sido adiado em fase do término da sessão (SUPLICY, 1995).

Em 04 de dezembro de 1997 o projeto é pautado para discussão e votação, e como sua aprovação parecia pouco provável, em uma estratégia política, a deputada Marta Suplicy (PT/SP) requereu sua retirada da pauta o que não foi deferido pelo plenário (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997e). O projeto não pôde ser votado nesta sessão por falta de quórum.

No ano de 1999, o PL 1151/1995 (SUPLICY, 1995) esteve em plenária para discussão na sessão do dia 19 de janeiro, tendo sido adiada por ofício (SUPLICY, 1995). No ano de 2001, o projeto em comento esteve em pauta em nove sessões seguidas do plenário da Câmara dos Deputados, sempre sendo adiado por encerramento da sessão (SUPLICY, 1995). Até que foi definitivamente retirado da pauta de discussão por acordo de líderes partidários em 31 de maio de 2001 (SUPLICY, 1995).

O deputado Celso Russomanno (PP/SP), em 14 de agosto de 2007, protocolou requerimento para inclusão da ordem do dia do PL 1151/1995 não havendo qualquer movimentação após este requerimento (SUPLICY, 1995).

Em que pese a apresentação do PL 1151/1995 pela deputada Marta Suplicy (PT/SP) ter representado à época uma grande evolução na política brasileira, o retorno da tramitação de referido projeto nos dias de hoje seria um grande retrocesso, devido aos vários direitos adquiridos pela comunidade LGBTTI pela via judicial, que vão muito além dos previstos naquele projeto (SUPLICY, 1995).

O ideal, acredita-se, seria, eventualmente, o tratamento da questão de fundo do projeto proposto à época, com base nas evoluções trazidas por intermédio das decisões judiciais sobre a igualdade de acesso a direitos fundamentais desta comunidade, de maneira a resgatar a pretensa legitimidade por via da democracia representativa, de sorte que, na verdade, **seria para a própria atividade legislativa, se assim o fizer, o resgate de sua legitimidade perante parcela do seu próprio povo a quem deve representar de maneira impessoal e destituída**

de quaisquer comportamentos que signifiquem retrocessos em termos de civilidade. Somente mediante tal pensamento, a dignidade da legislação a que se refere Waldron (2003) poderia ser admitida como viável na realidade brasileira contemporânea.

5.2 Projeto de Lei 2.285/2007 – Estatuto das Famílias

Outro projeto que tramita na Câmara Federal é o Estatuto das Famílias de n. 2.285, apresentado ao plenário no dia 25 de outubro de 2007 pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) (CARNEIRO, 2007).

A exemplo de legislações que visam amparar minorias e grupos vulneráveis, conforme visto no capítulo 4, a opção do deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) foi apresentar um projeto de lei que compilasse toda a matéria pertinente ao Direito das Famílias no chamado Estatuto das Famílias, a exemplo do Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990), Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015b), entre outros (CARNEIRO, 2007). Em sua justificativa, o mesmo confessa que, ouvindo especialistas, achou que seria mais viável apresentar o projeto de lei abarcando toda a matéria pertinente, no formato que foi apresentado, do que promover reformas pontuais sobre o tema em leis já existentes (CARNEIRO, 2007).

Em suas justificativas o deputado proponente do projeto em comento, atribui o longo texto do PL 2.285/2007 ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, da qual faz parte (CARNEIRO, 2007). Segundo ele, a construção da proposta do Estatuto das Famílias contou com a contribuição de mais de quatro mil filiados ao instituto, especialistas e estudiosos do tema (CARNEIRO, 2007).

Ainda segundo às justificativas apresentadas por seu autor, o PL 2.285/2007, objetiva atualizar a legislação no âmbito das relações familiares conforme a nova realidade social brasileira e o posicionamento da doutrina e da jurisprudência contemporânea, considerando que o Código Civil de 2002 não conseguiu tal intento, por ter sido aprovado texto que já tramitava no Congresso Nacional desde o final dos anos de 1960 (CARNEIRO, 2007).

O PL 2.285/2007 tem 274 (duzentos e setenta e quatro) artigos, contendo disposições sobre as relações de parentesco, entidades familiares, filiação, tutela e curatela, alimentos e normas processuais para os processos que envolvam o direito

das famílias (CARNEIRO, 2007). Tendo a intenção de compilar todo o Direito das famílias no Brasil, contém textualmente a norma de revogação do livro do Direito de família do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), dos artigos que tratam do Direito de Família no Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973)¹⁰, do Decreto-Lei n. 3.200/1941 que dispõe sobre a organização e proteção da família, da Lei n. 5.478/1968 que dispõe sobre a Lei de Alimentos, dos artigos 70 a 73 da Lei n. 6.015/19973 que dispõe sobre os Registros Públicos, da Lei n. 6.515/1977 que dispõe sobre a dissolução do casamento e da Lei n. 8.560/1992 que dispõe sobre o reconhecimento de paternidade de filhos havidos fora do casamento (CARNEIRO, 2007).

Destaca-se que o PL 2.285/2007 é um projeto absolutamente inclusivo para os Direitos LGBTTI por tratar a família como relação de afeto definindo-a em seu artigo 3º como toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar em qualquer de suas modalidades (CARNEIRO, 2007). Ainda na parte das disposições gerais, o projeto traz os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade de gênero, da igualdade entre os filhos, da igualdade entre as entidades familiares, da convivência familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente e da afetividade como base para a interpretação do próprio estatuto, trazendo como dever do Estado promover o respeito à diversidade de orientação sexual (CARNEIRO, 2007).

No projeto de lei, no título das entidades familiares, o casamento não faz mais qualquer referência a homem e mulher, o que foi substituído por nubentes ou cônjuges, deixando clara a opção do projeto em abarcar no instituto o casamento homoafetivo (CARNEIRO, 2007).

Ainda no título das entidades familiares, ao lado da união estável e da família parental, o projeto trouxe o reconhecimento como família, das uniões homoafetivas, definindo-as como a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituição de família (CARNEIRO, 2007). Consigna a aplicação subsidiária das regras da união estável

¹⁰ A Lei n. 5.869/1973 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 1973a) foi revogada e substituída pela Lei 13.105/2015 que instituiu o Novo Código de Processo Civil Brasileiro vigente atualmente (BRASIL, 2015a).

às uniões homoafetivas, assegurando expressamente o direito de guarda e convivência com os filhos, adoção, direitos previdenciários e direito à herança.

Como dito anteriormente, o PL n. 2.285/2007 é bastante amplo e tenta abarcar toda a regulamentação do Direito das Famílias no Brasil, várias são as alterações que o mesmo tenta promover na legislação brasileira, sendo que para o presente trabalho interessa as que foram delimitadas anteriormente, que concedem **direitos aos casais homoafetivos e à comunidade LGBTTI em geral, na realidade, o PL em comento iguala todos os direitos de casais homoafetivos àqueles previstos para casais heteroafetivos (CARNEIRO, 2007).**

Ao PL n. 2.285/2007 (CARNEIRO, 2007) foram apensados outros sete projetos de lei sendo que dentre estes existem aqueles que buscam a inclusão das famílias homoafetivas, como o PL n. 674/2007 apresentado pelo deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), que cria nova regulamentação para as Uniões Estáveis sem distinção entre uniões hetero ou homoafetivas, e outros que buscam a manutenção da hipervulnerabilidade legislativa de casais homoafetivos (VACCAREZZA, 2007), ou como o PL n. 4.505/2008 de autoria do deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL) que proíbe a adoção por homossexuais (CALHEIROS, 2008)¹¹.

O projeto foi distribuído para debate e parecer da Comissão de Seguridade Social e Família (05/11/2007) tendo exercido a relatoria o deputado José Linhares (PP/CE) que apresentou projeto substitutivo ao PL 2.285, o qual foi aprovado pela comissão em 26 de agosto de 2009 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Em seu relatório, o deputado José Linhares (PP/CE), evocando a cultura judaico-cristã, que segundo ele é a vivida pelos países ocidentais, incluindo o Brasil, afirmou que o casamento ou a união de pessoas com o intuito de constituição de família só poderia ocorrer entre pessoas de sexos diversos, até por que, esta teria sido, ainda segundo o relator, a opção do legislador constituinte originário, quando condicionou o reconhecimento da união estável à diversidade de gênero (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Ainda em seu relatório, o deputado José Linhares (PP/CE), com base no censo do ano 2000, afirma que a população brasileira é composta de 73,8% (setenta

¹¹ Ao PL 2.285/2007, além dos acima citados, foram apensados os projetos de lei de nº 1.149/2007 de autoria do deputado Maurício Trindade (PR/BA), PL 3.065/2008 de autoria do deputado Cleber Verde (PRB/MA), PL 3.112/2008 de autoria do deputado José Paulo Tóffano (PV/SP), PL 3.780/2008 de autoria do deputado Fernando Lopes (PMDB/RJ) e o PL 5.266/2009 de autoria do deputado Jorginho Maluly (DEM/SP).

e três inteiros e oito décimos por cento) de indivíduos que professam a fé católica. Citando pesquisa realizada por uma fundação de nome Perseu Abramo, o relator afirma que 58% (cinquenta e oito por cento) dos entrevistados acreditam que a homossexualidade é um **pecado**, que 84% (oitenta e quatro por cento) acham que Deus teria criado o homem e a mulher para cumprirem a missão de procriação e que 49% (quarenta e nove por cento) dos entrevistados seriam contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo frente a 32% (trinta e dois) que seriam favoráveis (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Com base nestas estatísticas o relator do PL n. 2.285/2007 afirma que os congressistas devem produzir leis que estejam de acordo com as referências adotadas pelo povo brasileiro, e em que pese acolher o projeto do Estatuto das Famílias de autoria do deputado Sérgio Barracas Carneiro (PT/BA), afasta toda e qualquer possibilidade de casamento e/ou de uniões entre casais homoafetivos, e por corolário lógico, afastando quaisquer direitos a comunidade LGBTTI advindo das relações familiares (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

O projeto de lei substitutivo apresentado pelo relator e aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados desconfigura por completo a ideia do projeto original apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), **excluindo a regulamentação das famílias homoafetivas e os direitos da comunidade LGBTTI** (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Para se ter uma ideia do alijamento do PL n. 2.285/2007 pelo projeto substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, a seguir, será feita a comparação de algumas alterações pontuais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

No projeto original, como visto, a definição de família trazida no artigo 3º, a descrevia como toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar em qualquer de suas modalidades, passando a constar no projeto substitutivo o reconhecimento das famílias formadas pela união estável entre homem e mulher e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, tendo não só excluído as famílias homoafetivas como também as famílias pluriparentais, formadas por irmãos ou parentes colaterais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Foi suprimido o artigo 7º do projeto original que concedia ao Estado o dever de promover o respeito à diversidade de orientação sexual (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Nos impedimentos para a contração do casamento o projeto substitutivo incluiu, entre outros, a impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, norma que não existe no Código Civil (BRASIL, 2002) vigente e nem mesmo existia no Código Civil Brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916).

Por óbvio, o projeto substitutivo suprimiu o art. 68 do projeto original que regulamentava a união homoafetiva e no artigo 79 proibiu expressamente a adoção por casal homossexual.

Consta no *site* da Câmara dos Deputados a profissão de padre para o deputado José Linhares (PP/CE).

Na Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania da Câmara dos Deputados, o PL 2.285/2007 foi relatado pelo deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS), que promoveu audiência pública no dia 12 de maio de 2010 tendo como convidados, Maria Berenice Dias, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Abner Ferreira, pastor da Igreja Assembleia de Deus; Paulo Luiz Netto Lôbo, advogado e professor, doutor em Direito Civil; Regina Beatriz Tavares da Silva, presidente da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP; Toni Reis, presidente da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais; Silas Malafaia, pastor da Igreja Assembleia de Deus; e Ana Liéser Thurler do Fórum de Mulheres do Distrito Federal.

Na fundamentação de seu relatório, o deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS) entende pela inconstitucionalidade da instituição da união estável entre pessoas do mesmo sexo, considerando que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) teria expressamente se referido à união estável entre homem e mulher (VACCAREZZA, 2007).

Segundo o relator, o constituinte originário teria utilizado o termo família de forma restrita, referindo-se apenas à família formada pelo casamento e que até mesmo as uniões estáveis entre homem e mulher e as entidades monoparentais não seriam famílias propriamente ditas, mas sim entidades familiares, fazendo uma antiga diferenciação entre estes, deixando claro sua interpretação quanto à **superioridade** da família formada pelo casamento, mesmo diante das uniões estáveis heterossexuais (VACCAREZZA, 2007).

Transcrevendo o texto do artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o relator afirma que a discriminação do casamento ou da união entre pessoas do

mesmo sexo deve ser tolerada, pois se trata, na realidade, de uma discriminação estatuída pelo próprio texto constitucional. Veja-se esta parte:

Porém, essa interpretação deve ser considerada com a devida cautela. Embora laico o Estado, o preâmbulo da Constituição evoca a proteção de Deus. Embora proponha promover o bem-estar de todos sem quaisquer outras discriminações, ela expressamente só reconhece a união estável de homem e mulher. Com maior razão, o casamento, considerado a união ideal a que a lei deva facilitar a conversão, deve ser entendido que foi reservado a homem e mulher. Portanto, deve-se ter que as discriminações previstas originariamente pelo constituinte são constitucionais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010, p. 12).

A Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania da Câmara dos Deputados, aprovou o relatório apresentado pelo deputado Eliseu Padilha (PMDB/RS) que, na realidade, acolhe o projeto substitutivo apresentado pela Comissão de Seguridade Social e Família com algumas alterações que não trazem novidades para o presente trabalho (VACCAREZZA, 2007).

Conclui-se que a tramitação do PL n. 2.285/2007, em ambas as comissões da Câmara dos Deputados, chegaram ao mesmo resultado, mantendo os casais homoafetivos e a comunidade LGBTTI em situação de hipervulnerabilidade legislativa.

Após a apresentação dos relatórios das citadas comissões, o PL n. 2.285/2007 aguarda desde fevereiro de 2011 decisão de recursos que foram impetrados contra a apreciação conclusiva das comissões.

5.3 Projeto de Lei 134/2018 – Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero

O projeto de lei 134/2018, que institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, nasce de uma iniciativa da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e da Aliança Nacional LGBTI tendo sido apresentado ao Senado Federal com o apoio de 100 (cem) mil assinaturas (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018).

Segundo regimento interno do Senado Federal, as sugestões de atos normativos apresentados por associações e entidades de classe devem ser aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do

Senado Federal a quem caberá, aprovada a sugestão, convertê-lo em projeto de lei de sua autoria¹².

Na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, coube à senadora Marta Suplicy (MDB/SP) a relatoria da sugestão de ato normativo tendo sido o mesmo aprovado em 21 de março de 2018, e transformado no projeto de lei 134/2018, que foi apresentado ao plenário em 26 de março do mesmo ano (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018).

A relatora reproduz em seu parecer a justificativa apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, ressaltando que a referida sugestão de ato normativo é apresentada após a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade das uniões homoafetivas, destacando a importância da participação da advocacia como artífice das mudanças promovidas na temática pelas decisões judiciais.¹³

Conforme justificção oferecida pela OAB, a Sugestão nº 61, de 2017, tem por fundamento os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não-discriminação, basilares de nosso sistema político e jurídico. Menciona-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em 2011 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ, decidiu unanimemente por dar ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme aos princípios constitucionais já mencionados, para desautorizar qualquer entendimento que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, estabelecendo, ainda, efeito vinculante e eficácia *erga omnes* dessa decisão. Menciona, oportunamente, que a pertinência da iniciativa da OAB é evidenciada pelo fato de que foram os advogados, ao patrocinar essas causas e tantas outras, os artífices dessas mudanças, pois o Judiciário só age quando é instado a fazê-lo (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018, p. 36).

Bastante audacioso, o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, já em seu artigo primeiro traz os seguintes objetivos: a promoção da inclusão de todos; o combate e criminalização da discriminação e da intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da

¹² “Art. 102-E. À Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa compete opinar sobre: I – sugestões legislativas apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos com representação política no Congresso Nacional; [...]” (SENADO FEDERAL, 1989).

¹³ Importante ressaltar que dentre os projetos de lei aqui comentados, este é o primeiro apresentado após o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade de nº 4.277/DF (BRASIL, 2011) e da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ (BRASIL, 2014b) que, por unanimidade, deram interpretação à Constituição Federal para incluir as uniões homoafetivas no conceito de família, aplicando-se a elas a legislação referente à união estável heterossexual.

igualdade de oportunidades e a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero.

Quantos aos princípios utilizáveis para interpretação e aplicação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero tem-se o da dignidade humana, vedada qualquer conduta no sentido de tratar de forma diferenciada pessoas em razão de sua orientação sexual ou de identidade gênero; o princípio da igualdade e respeito à diversidade, garantindo igual respeito e consideração; o da livre orientação sexual e identidade de gênero, como direito à autonomia privada; o do reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero ou a orientação sexual autoatribuída pela pessoa; o da convivência comunitária e familiar; da liberdade de constituição de família; da liberdade de constituição de vínculos parentais; do respeito à intimidade, à privacidade e à autodeterminação; e do princípio do direito fundamental à felicidade, vedada qualquer prática que impeça a pessoa de reger sua vida conforme a orientação sexual ou identidade de gênero autoatribuída, real ou presumida, além dos demais advindos da própria interpretação constitucional ou de documentos internacionais, citando expressamente o projeto em comento, os princípios de Yogyakarta (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018)¹⁴.

Dividido em dezoito capítulos, o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero contempla diversos direitos LGBTTI entre eles, o direito de livre orientação sexual e identidade de gênero; direito à igualdade e não discriminação; direito à convivência familiar; direito à parentalidade; direito à identidade de gênero; direito à saúde; direitos previdenciários; direito à educação; direito ao trabalho; direito à moradia; direito de acesso à Justiça e à segurança, entre outros (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018).

Vale destacar que, dentre os direitos à convivência familiar, o PL n. 134/2018 ressalta o direito de todos de optarem pelo modelo familiar que lhes aprouver, concedendo ao Estado o dever de proteção da família homoafetiva, com a concessão do direito ao casamento, à união estável e sua conversão em casamento, adoção, reprodução assistida, previdência, herança e proteção da violência

¹⁴ Os princípios de Yogyakarta são orientações a respeito da aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero adotados na cidade Indonésia de Yogyakarta por eminentes especialistas em Direitos Humanos de 25 (vinte e cinco) nações.

doméstica (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018).

No concernente à transgeneralidade e à intersexualidade, o estatuto garante entre outros, o direito ao nome social independentemente da retificação do registro civil; direito à retificação do nome civil no registro de nascimento independente de ação judicial, cirurgia de readequação sexual e apresentação de perícias ou laudos médicos ou psicológicos, bastando requerimento direto junto ao Cartório de Registro Civil competente e a dispensa do serviço militar mediante simples requerimento à Junta do Serviço Militar (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018).

Quanto ao direito à moradia, o estatuto coíbe a discriminação sexual e de gênero quando da aquisição ou locação de imóveis; proíbe quaisquer discriminações na convivência condominial, não podendo haver limitação de utilização de áreas comuns por questões sexuais e de gênero, devendo ainda o Estado assegurar acesso ao financiamento da casa própria às famílias homoafetivas (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, 2018).

O Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero cria várias figuras criminais no intuito de proteção dos direitos LGBTTI, entre eles cita-se o crime de intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero; indução à violência por motivações de orientação sexual e identidade de gênero; crime de discriminação no mercado de trabalho; crime de discriminação nas relações de consumo e crimes de violência doméstica.

Nota-se claramente que o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero tem grande preocupação com a implementação de políticas públicas visando alcançar os princípios e objetivos para o qual o projeto de lei foi proposto, tratando a respeito delas em seu capítulo dezessete.

O PL n. 134/2018 encontra-se na Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor aguardando definição de relator desde 05 de fevereiro de 2019, sendo esta a última movimentação do referido projeto de lei (SENADO FEDERAL, 2019).

É interessante observar que este e outros projetos de lei deveriam obter a devida atenção do Parlamento como forma de resgate da dignidade da legislação e dos próprios Parlamentos conforme prelecionado por Waldron (2003; 2006). A aprovação deste e de outros projetos de leis na defesa dos direitos LGBTTI

demonstrariam a capacidade de fortalecimento da democracia representativa a partir da genuína preocupação dos legisladores com os direitos humanos, em especial dos direitos de minorias, entre estas, os casais homoafetivos e toda a comunidade LGBTTI.

5.4 Outros projetos

Vários outros projetos se encontram em tramitação no Congresso Nacional em relação a direitos LGBTTI e ao casamento homoafetivo. Não é a intenção do presente trabalho, tratá-los todos aqui, pois além de cansativo se tornaria improdutivo. De toda forma, serão apresentados, exemplificativamente, alguns deles.

- a) O PL n. 4.508/2008, de autoria do deputado Olavo Calheiros (PMDB/AL), que proíbe a adoção por homossexuais criando parágrafo único ao artigo 1618 do Código Civil vigente (BRASIL, 2002), por meio do qual não só proibiria a adoção por homossexuais mesmo individualmente (sem a constituição de união homoafetiva), mas também condicionaria a adoção nos demais casos à comprovação de casamento oficial e estabilidade da família (CALHEIROS, 2008).
- b) O PL n. 5.003/2001 da Câmara dos Deputados, de autoria da deputada Iara Bernardi (PT/SP) pretendia criminalizar a homofobia (BERNARDI, 2001). Todavia, após cinco anos de tramitação foi aprovado e enviado ao Senado Federal, sendo registrado sob o n. 122/2006 e encontra-se atualmente arquivado sem votação (BERNARDI, 2001).
- c) O PL n. 6.583/2013, que institui o Estatuto da Família, de autoria do deputado e membro da Igreja Evangélica Assembleia de Deus, Anderson Ferreira (PR/PE), tem como único objetivo reafirmar a posição de hipervulnerabilidade da comunidade LGBTTI e das famílias homoafetivas, já que trata o casamento e a união estável como possíveis apenas para casais com diversidade de sexos (FERREIRA, 2013).

Acredita-se que os três projetos de lei aqui citados e detalhados já dão uma noção da forma que são tratados os direitos LGBTTI no Legislativo Federal brasileiro e **por que em pleno século XXI estes cidadãos permanecem em hipervulnerabilidade legislativa.**

Com base na teoria de Waldron (2006) fica clara a ausência dos pressupostos de desenvolvimento de uma legislação e de um parlamento dignos de uma verdadeira democracia. Pelos projetos aqui expostos nota-se a ausência de ética na política e, por parte daqueles que representam os cidadãos brasileiros no Parlamento, a ausência de um verdadeiro amor ao direito, em especial aos direitos de minorias, que não podem ser negados sob a fundamentação de que não seria uma prática da maioria ou de alguma religião.

6 CONCLUSÃO

A dignidade das famílias homoafetivas passa pela revisão judicial, isso é um fato da realidade brasileira, que não tem conseguido por meio da legislação e de seu parlamento, reconhecer referida dignidade.

O título da presente dissertação já apresenta uma provocação, pois mencionou-se a tese central que Waldron (2003) apresenta na obra “Dignidade da Legislação”, quando, então, propositalmente se move o atributo da dignidade para as famílias homoafetivas, retirando-o da legislação, vez que esta tem sido indigna para com estes cidadãos.

Mas Waldron (2006) apresenta um caminho bastante possível e razoável para a construção de uma outra realidade, de valorização da democracia participativa através do debate honesto que deve haver nos parlamentos em favor de uma legislação que seja realmente digna de seu povo.

Não é difícil visualizar, a partir do pensamento de Waldron (2003; 2006), exposto no primeiro capítulo, que não se tem conseguido alcançar direitos à comunidade LGBTTI e, conseqüentemente, às famílias homoafetivas por uma absoluta ausência das premissas colocadas por ele como condição para a realização de sua teoria.

Destaca-se entre elas a primeira premissa que se constituiria em um Parlamento em bom funcionamento, com um grande corpo acostumado a lidar com situações complexas de justiça e política; com amplo debate, no qual os legisladores representariam verdadeiramente o pensamento de seus eleitores cedendo às vezes para o pensamento mais amplo, incluindo aí o pensamento político partidário. Como parte desta primeira premissa, Waldron (2006), preleciona uma sociedade não só com valores democráticos, mas também com valores de igualdade política, na qual o próprio parlamento permanece em constante vigilância dos procedimentos adotados visando à promoção desta igualdade como reformar políticas eleitorais quando necessário.

Pelo que se tem visto, o Parlamento Brasileiro não se encontra inserido na realidade desta primeira premissa. Corrupção, privilégios, interesses pessoais e de grupos hegemônicos têm sido o mote da atuação parlamentar no Brasil. Uma reforma política, tão necessária na atual conjuntura do Legislativo Brasileiro, não é

posta em prática pois o Parlamento não votaria algo contrário aos escusos interesses de seus membros.

Talvez a terceira premissa posta por Waldron (2006) como condição para o desenvolvimento de sua teoria, seja a mais necessária para a dignificação da legislação e do Parlamento Brasileiro. Uma sociedade na qual a maioria dos indivíduos tenha um forte compromisso com os direitos individuais e de minorias, sendo que, ainda que os cidadãos acreditem na vontade da maioria como princípio geral da política, eles aceitam que existem direitos individuais e liberdades que não devem ser negadas pelo simples fato de não serem convenientes para a maioria.

No Brasil, incorporou-se no próprio texto constitucional uma carta de direitos, em relação aos quais ainda há imensa dificuldade de efetivação. Isso fica muito claro no caso tratado na presente dissertação.

Conforme se observa nos debates legislativos dos projetos de lei apresentados no quarto capítulo, ainda falta aos cidadãos a consciência dos direitos de minorias e de grupos vulneráveis, especialmente da comunidade LGBTTI e das famílias homoafetivas.

A sociedade não consegue enxergar, incluindo aí os próprios parlamentares, o que é mais grave – que mesmo que não se concorde com tais direitos, por vários motivos, incluindo aí os religiosos, o que se mostrou bastante latente na análise do PL 1151/1995 – não há o direito de limitar direitos de minorias ou grupos vulneráveis pelo simples fato de não serem convenientes à maioria, inclusive, essa deve ser a forma de interpretação do conceito moderno de democracia, conforme exposto no capítulo segundo.

Segundo Waldron,

[...] Existe uma congruência natural entre os direitos e a democracia. A identificação de alguém como portador de direitos expressa uma medida de confiança nas capacidades morais da pessoa – em particular sua capacidade de pensar com responsabilidade sobre a relação moral entre seus interesses e os interesses de outros. Possuir tal capacidade – um senso de justiça, se assim se quiser – é a base inicial da competência democrática. Nossa convicção de que a mulher e o homem comuns possuem o que é necessário para participar responsavelmente no governo da sua sociedade é, de fato, a mesma convicção daquela em que a atribuição de direitos está baseada. (WALDRON, 1999, p. 282).

Os homens e mulheres comuns, possuidores de um senso de justiça e portadores de direitos iguais a todos, também constituem famílias homoafetivas e

isso não pode ser uma “inconveniência”. A origem latina do termo inconveniência é *in+conveniens*, que gera *inconvenientis* e possui entre seus vários significados inadequado, dessemelhante, diferente (FARIA, 1962; WIKTIONARY, 2019). Assim, seria possível entender a inconveniência como a inadequação por dessemelhança. A adequação, por sua vez, pode ser entendida como “a correspondência entre a imagem intelectual de uma realidade e a realidade em si” (AULETE DIGITAL, 2019). A realidade em si é que as mulheres e os homens comuns também constituem famílias homoafetivas e tal “dessemelhança” não os torna desprovidos da “capacidade de pensar com responsabilidade sobre a relação moral entre seus interesses e os interesses de outros”. O reconhecimento, pelo legislativo, de garantias legais às famílias homoafetivas seria mero reconhecimento de que ser diferente não é o mesmo que ser incapaz.

Em pleno século XXI não é mais possível entender a democracia como uma cega vontade da maioria que limite direitos de minorias, colocando-as em uma situação de subalternidade e subcidadania. Frisa-se o pensamento de Waldron (2006): em que pese a sociedade acreditar na vontade da maioria como princípio geral da política, ela aceita que existem direitos individuais e liberdades que não devem ser negadas pelo simples fato de não serem convenientes para a maioria.

A teoria de Waldron (2006) é absolutamente compatível com os princípios democráticos, sendo, na realidade, a defesa da democracia, o motivo que leva o autor à construção de sua teoria. Toda a preocupação de Waldron (2006) cinge-se na defesa do debate dos desacordos da sociedade pelos Parlamentos, justamente como forma de fortalecimento da democracia, acreditando ele ser inadequado para este fortalecimento o deslocamento destes desacordos para o Judiciário, por meio dos sistemas de forte revisão judicial, que fomentam os fenômenos da judicialização das relações políticas e sociais e do ativismo judicial.

Deve-se destacar também que, como visto no segundo capítulo, democracia e constitucionalismo não são conceitos divergentes, mas sim complementares, e isso também se pode afirmar com base na obra de Waldron (2003; 2006).

Em que pese o cerne de sua teoria ser o combate na forte revisão judicial, isso não representa um enfraquecimento do constitucionalismo, mas, pelo contrário, a sociedade para a qual o autor constrói sua teoria, segundo as premissas traçadas por ele, está comprometida com os princípios do constitucionalismo e, na realidade, a revisão judicial se torna desnecessária, pois, utilizando-se de procedimentos pré-

definidos pela própria lei, cada um dos poderes compreende o seu papel e desempenha suas funções sob estrita observância de valores constitucionais básicos que devem ser preservados como aqueles ligados à dignidade da pessoa humana, à justiça, à solidariedade e aos direitos de liberdades de toda natureza, como a liberdade de expressão, pensamento e religião, entre outros.

Na análise dos projetos de lei do capítulo quarto a intenção foi destacar parte dos argumentos e debates e demonstrar os longos percalços enfrentados em suas tramitações. Acredita-se que, ao fazê-lo, sem maiores dificuldades, se pode observar os motivos pelos quais o Parlamento Brasileiro não consegue proteger as famílias homoafetivas por meio da promulgação de legislação com esta finalidade.

Pela análise dos projetos citados, percebe-se a absoluta ausência das premissas traçadas por Waldron (2006) para o resgate do bom nome da legislação e da dignidade do Parlamento como forma de fortalecimento das democracias modernas, destacando-se a ausência de um ambiente social de valorização dos direitos fundamentais e a proteção de minorias.

Como visto, a teoria de Waldron (2006) é uma teoria de valorização de direitos, pois em que pese a quarta premissa de sua teoria tratar a respeito do desacordo sobre direitos, este não deve ser entendido como descompromisso com eles, mas, pelo contrário, deve se entender referido desacordo em um ambiente de debate sincero entre indivíduos que levam o direito a sério e que tenham aderência a eles. Mas, indiscutivelmente, tal premissa é indissociável da terceira que prevê a defesa dos direitos de minorias mesmo contrária à vontade da maioria.

Até que a luta democrática permita alcançar a dignidade da de uma legislação que proteja os direitos da comunidade LGBTTI e, conseqüentemente, das famílias homoafetivas, a saída existente é sua proteção através da via judiciária, pois a dignidade destes cidadãos não pode esperar. Entretanto, a via judiciária não deve nunca diminuir a luta por um Legislativo responsável que não encare dessemelhança e comportamento minoritário como indignidade, mas que veja no pluralismo a riqueza de uma sociedade em que cidadãos cooperam entre si apesar de seus diferentes modos de encontrar a felicidade.

REFERÊNCIAS

- AULETE DIGITAL. Adequação. [S.l.]: Lexikon Editora Digital, 2019. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/adequa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 17, p. 105-138, jan./jun., 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. O Impasse da Democracia Representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo**: Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 281-304.
- BERNARDI, Iara. **Projeto de Lei nº 5.003, de 2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- BRASIL tem 6,3 milhões de mulheres a mais que homens, **Portal R7**, [S.l.] 13 nov. 2015. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/brasil-tem-63-milhoes-de-mulheres-a-mais-que-homens-13112015>>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2010a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Constituição do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#art189>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais... **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **Coleção das Leis do Império**, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 nov. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 de ago. 2006a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 nov. 2008a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jul. 2010b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 nov. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jun. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 dez. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1973b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 dez. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 set. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Carlos Ayres Brito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 out. 2014b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41. Relator: Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 mai. 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105. Relator: Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 mar. 2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330. Relator: Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2251887>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367. Relator: Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 out. 2006b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260590>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439. Relator: Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 jun. 2018b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, 23 nov. 2010c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424. Relator: Moreira Alves. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.952. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 dez. 2008b. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2538190>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.338. Relator: Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 set. 2018c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. **Diário de Justiça**, Brasília, 12 mai. 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BUSSO, Gustavo. Pobreza, Exclusión y Vulnerabilidad Social: usos, limitaciones y potencialidades para el diseño de políticas de desarrollo y de población. In: JORNADAS ARGENTINAS DE ESTÚDIOS DE POBLACIÓN, 7., 2005, Tandil. **Anais...** Tandil: [s.n.], 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2NKCKo7>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BUSSO, Gustavo. Vulnerabilidad Social: nociones e implicancias de políticas para latinoamerica a inicios del siglo XXI. In: SEMINARIO INTERNACIONAL LAS DIFERENTES EXPRESIONES DE LA VULNERABILIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE SANTIAGO DE CHILE, 2001, Santiago. **Anais...** Santiago: [s.n.], 2001.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Cadernos de pós-graduação em Direito**: estudos e documentos de trabalho/Comissão de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: USP, 2011.

CALHEIROS, Olavo. **Projeto de Lei nº 4.508, de 2008**. Proíbe a adoção por homossexual. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=626318&filename=PL+4508/2008>. Acesso em: 07 mar. 2019.

CALLEJÓN, Francisco Ballaguer. A Configuração Normativa dos Direitos Fundamentais pela Justiça Constitucional em um Contexto de Integração Supranacional. Tradução de Cláudia Perotto Biagi. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais**: Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 125-142.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Bibliografia Deputado José Linhares. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/deputados/74297/biografia>>. Brasília: Câmara dos Deputados, [201-?]a. Acesso em: 06 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Bibliografia Deputado Philemon Rodrigues. Brasília: Câmara dos Deputados, [201-?]b. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/deputados/74756/biografia>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 21 nov. 1995. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21NOV1995.pdf#page=41>>.
Acesso em: 03 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 19 jun. 1996a. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19JUN1996.pdf#page>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 02 jul. 1996b. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02JUL1996.pdf#page>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 05 jul. 1996c. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05JUL1996.pdf#page>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 12 dez. 1996d. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12DEZ1996.pdf#page=225>>.
Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 21 jan. 1997a. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21JAN1997.pdf#page=25>> Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 29 jan. 1997b. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29JAN1997.pdf#page=56>>.
Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 06 mar. 1997c. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06MAR1997.pdf#page>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 27 mar. 1997d. Disponível em:
<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27MAR1997.pdf#page>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ordem do dia no Plenário – 04/12/1997. Brasília, Câmara dos Deputados, 1997e. Disponível em:
<<https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoPle.asp?codReuniao=10004>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer ao Projeto de Lei n. 674/2007. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=680293&filename=Parecer-CSSF-18-08-2009>. Acesso em: 15 fev. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer ao Projeto de Lei n. 2.285/2007. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=814357&filename=Tramitacao-PL+674/2007>. Acesso em: 06 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Regimento Interno da Câmara dos Deputados: aprovado pela resolução nº 17 de 1989. 15. ed. Brasília: Editora Câmara, 2015.

CANÇADO; Taynara Candida Lopes; SOUZA, Rayssa Silva de; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. Trabalhando o conceito de vulnerabilidade social. In: ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS: POPULAÇÃO GOVERNANÇA E BEM-ESTAR, 19., 2014, São Pedro. **Anais....** São Pedro: ABEP, 2014.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Projeto de Lei nº 2.285, de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007>. Acesso em: 07 mar. 2019.

CHILE se torna terceiro país sul-americano a legalizar casamento gay. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 13 abr. 2015. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,chile-se-torna-terceiro-pais-sul-americano-a-legalizar-casamento-gay,1669000>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA. **Projeto de Lei nº 134, de 2018**. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FARIA, Ernesto (Org.). **Dicionário Escolar Latino-Português**. 3. ed. [S.l.]: Ministério da Educação, 1962. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001612.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Famílias**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Anderson. **Projeto de Lei nº 6.583, de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 07 mar. 2019.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Salvador Zimbaldi. Rio de Janeiro, FGV, 2009a. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/salvador-zimbaldi-filho>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Jorge Wilson. Rio de Janeiro: FGV, 2009b. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jorge-wilson-de-matos>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Wagner Salustiano. Rio de Janeiro: FGV, 2009c. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/wagner-amaral-salustiano>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 88-99, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3101/pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Casamento gay na África do Sul é conquista para brancos. [S.l.]: Jusbrasil, 2010. Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2362618/casamento-gay-na-africa-do-sul-e-conquista-para-brancos>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, n. 63, p. 319-352, dez. 2011.

MENDES, Conrado Hübener. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008b. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Portaria nº 513, de 09 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. p. 71, 2010. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/66/MPS/2010/513.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAULA, Carlos Eduardo Artigas; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Vulnerabilidade Legislativa de Grupos Minoritários. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, p. 3841-3848, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. A Adoção no Âmbito da Família Homoafetiva sob o prisma do Direito e da Psicanálise. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 13, n. 70, fev./mar., 2012.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Viva o Povo Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

RODRIGUES, Irene; BÉO, Cintia Regina. União Homoafetiva: aspectos civis e constitucionais. **Revista USP**, São Paulo, p. 661-680, 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67640>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SALUSTIANO, Wagner. **Projeto de Lei nº 2.452, de 2000**. Institui a segunda-feira de carnaval como Dia Nacional de Oração. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18281>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

SARAIVA, Adriana. **População chega a 202,5 milhões, com menos brancos e mais pardos e pretos**. [S.l.]: Agência IBGE Notícias, 2017. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-populacao-chega-a-205-5-milhoes-com-menos-brancos-e-mais-pardos-e-pretos>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: Trajetória Histórica e Dilemas Contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 87-124.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa: Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

SENADO FEDERAL. Parecer ao Projeto de Lei de nº 134/2018. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651096&ts=1549375047214&disposition=inline>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

SORIANO, Ramón. **Historia temática de los Derechos Humanos**. Sevilha: MAD, 2003.

SUPLICY, Marta. **Projeto de Lei nº 1.151, de 1995**. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

URUGUAI se torna 2º a aprovar casamento gay na América do Sul. **BBC News**, [S.l.], 10 abr. 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/04/130410_uruguai_casamentogay_pai_dm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

VACCAREZZA, Cândido Elpídio de Souza. **Projeto de Lei nº 674, de 2007**. Regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

VARGAS, Fábio de Oliveira. **A união homoafetiva no direito comparado**. [S.l.: s.n.]: 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15873-15874-1-PB.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

VENOSA, Sávio Silvío. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, [S.l.], v. 115, p. 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press/Clarendon, 1999.

WIKTIONARY. **Incoveniens**. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <<https://en.wiktionary.org/wiki/incoveniens>>. Acesso em: 20 mar. 2019.