

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate de Gênero e Teoria do Direito, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito ficou sob a responsabilidade de Cecília Caballero Lois, professora titular de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). A professora parte de uma epistemologia feminista para um Direito mais inclusivo, lembrando a atuação da líder indígena Berta Cáceres, que fora assassinada após muita luta e enfrentamento, para quem “el reconocimiento de los derechos de las mujeres no es un favor, es una obligación del Estado.”

“O desenrolar do caso de Berta, similar a tantos outros, aponta para o lugar de não sujeito que mulheres, indígenas, LGBTIs, pessoas negras e outras ‘minorias sociais’ ainda ocupam dentro do sistema normativo. Como esperar que as leis e teorias sejam operadas a favor de grupos que, historicamente, são desautorizados a legislar, interpretar, operar esse sistema?”, indaga Cecília.

Os nove textos trazidos à discussão, provenientes do Brasil, Peru, México e República Dominicana, oferecem as seguintes abordagens:

María del Rocío Villanueva Flores (Peru) analisa a violência de gênero a partir de dados estatísticos. Saada Zouhair Daou (Brasil) destaca a omissão da história das mulheres na História do Direito. Camila Saran Vezzani (Brasil) explora a identidade trans no cinema. Natasha Pereira Silva (Brasil) faz um resgate e crítica a partir do discurso histórico sobre prostituição. Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (Brasil) e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo (México) se concentram nas relações entre Legislativo e Judiciário, sobre temas como o casamento civil homoafetivo e a união estável. José Alberto Cruceta Almánzar (República Dominicana) se concentra na figura do juiz. María del Rocío Villanueva Flores e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo apontam para insuficiências na prática e nas teorias argumentativas. Ricardo Urzúa Traslaviña (México) apresenta o Direito como instrumento de dominação e emancipação no que diz respeito às teorias de gênero. Alegnayra Campos (Brasil) explora a “Filosofia do Limite” de Drucilla Cornell.

A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito, ao final, nos propõe as seguintes reflexões: i) no que diz respeito à violência de gênero, em que medida mudanças na formação jurídica podem contribuir para um melhor acolhimento das mulheres que chegam ao Judiciário, considerando que nossos alunos serão os futuros operadores do Direito?; ii) qual o papel que os homens, seja enquanto operadores do Direito, seja enquanto acadêmicos, podem assumir em um contexto de grave opressão das colegas mulheres?; iii) que ações efetivas podem realizar enquanto aliados na luta pela alteração desse quadro?; iv) qual a importância de que as feministas brancas cis heterossexuais, especialmente as que vivem em países ditos “centrais”, reconheçam seus privilégios e proponham também ações efetivas no sentido de incluir mulheres negras e LGBTIs?; v) há lugar na academia para que vozes que têm sido historicamente subalternizadas contenham suas próprias histórias e proponham soluções para questões que consideram relevantes?

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

A QUESTÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO ENTRE CASAIS HOMOAFETIVOS: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E TENSÃO ENTRE PODERES

LAS UNIONES HOMOSEXUALES: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y Tensión ENTRE PODERES

Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães

Resumo

Este artigo propõe uma reflexão acerca do embate entre a legitimidade democrática e o controle de constitucionalidade a partir do caso da ADPF 132 e ADI 4277, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como da reação negativa que a decisão gerou no Poder Legislativo, refletida no projeto de lei chamado “Estatuto da Família”. Por meio de uma investigação doutrinária, abordou-se sobre a ocorrência de mutação constitucional e, através uma pesquisa empírica, foi feita análise comparativa da experiência de outros países sul-americanos sobre a conquista do direito de união entre casais homoafetivos, avaliando os resultados das estratégias utilizadas para a efetivação deste direito.

Palavras-chave: Constituição, Democracia, Hermenêutica, Legitimidade, Mutação constitucional, Tribunal constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

Se presenta en este artículo una reflexión sobre legitimidad democrática y control de constitucionalidad a partir del caso ADPF 132 y 4277, juzgados por la corte constitucional del Brasil y la reacción negativa a la decisión por parte del Parlamento, reflejada en el proyecto de ley llamado "Estatuto de la Familia". Por medio de una investigación doctrinaria, se abordó sobre la ocurrencia de mutación constitucional y, a través de una investigación empírica, se realizó un análisis comparativo de la experiencia de otros países sudamericanos sobre la conquista del derecho de unión entre parejas homoafectivas, evaluando los resultados de las estrategias empleadas para la efectución.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras claves: constitución, Democracia, Hermenéutica, Legitimidad, Mutación constitucional, Corte constitucional

1 INTRODUÇÃO

A questão da legitimidade democrática é frequentemente aventada quando se trata da controvérsia sobre as interpretações exaradas pelos tribunais constitucionais. Enquanto o legislador é eleito pelo povo, tais tribunais se compõem por juízes que não são escolhidos pelo voto popular, porém interpretam o texto constitucional e decidem sobre a constitucionalidade das leis. A discussão é ainda mais acirrada em relação a casos em que há um desacordo moral significativo na sociedade.

Se por um lado a questão da legitimidade democrática é realçada, também faz parte do debate a constatação de uma certa crise de representatividade nas democracias do mundo inteiro que, muitas vezes, se traduz na inércia legislativa, especialmente em relação à criação de leis que resguardam direitos de minoria. Sob este prisma, a dualidade maioria x minoria gera tensões as quais podem implicar na incompatibilidade entre fontes formais de direito, mormente quando se busca o reconhecimento de direitos fundamentais via jurisdição constitucional.

A partir desta moldura, este artigo propõe uma reflexão acerca da efetivação do direito ao casamento civil e união estável entre pessoas do mesmo sexo, alcançada por meio do Supremo Tribunal Federal (STF) mediante a ADPF/RJ 132 e ADI 4277/DF, bem como da reação negativa que a decisão gerou no Poder Legislativo, refletida no projeto de lei n. 6.583/2013 que tramita perante o Congresso Nacional.

Muito embora a interpretação do texto constitucional tenha sido realizada na perspectiva dos princípios e direitos fundamentais, o projeto – chamado “Estatuto da Família” – dispõe de forma contrária ao que foi decidido pelo STF. Essa movimentação legislativa reforça a ideia equivocada de que apenas ao tribunal constitucional cabe a guarda da Constituição, desonerando os outros poderes de tal compromisso, desequilibrando a experiência democrática.

Cabe salientar que o artigo não pretende fazer juízo de valor relativo as decisões do Supremo Tribunal Federal em geral, mas propor reflexões a partir de um caso concreto que se relaciona com a efetivação de direitos de minoria. Destaca-se, ainda, que as questões trazidas por este trabalho são relevantes no campo da Teoria do Direito Constitucional, principalmente diante o atual quadro brasileiro, onde algumas conquistas de direitos humanos estão sendo fortemente ameaçadas por posturas conservadoras da seara legislativa.

2 SÍNTESE SOBRE A ADPF 132 E A ADI 4277

Nos anos de 2008 e 2009 foram ajuizadas, consecutivamente, duas ações perante o Supremo Tribunal Federal: a ADPF 132/RJ e a ADPF 178/DF. Em síntese, ambas ações pleiteavam o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar e a aplicação de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil (que trata da união estável entre homem e mulher).

Os fundamentos do pedido se basearam no âmbito da principiologia constitucional, se assentando sob princípios consagrados pela Constituição Federal, quais sejam, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica (todos previstos no *caput* do art. 5º); e vedação a qualquer forma de preconceito (art. 3º, inciso IV).

O STF requereu informações relativas à questão aos Tribunais de Justiça e, a partir disso, foi possível constatar divergências de entendimento a respeito da matéria. A Procuradoria Geral da República (PGR) se manifestou pela obrigatoriedade do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como integrantes do conceito de entidade familiar, destacando que o texto do §3º do art. 226 da Constituição não se constituiria óbice intransponível para tanto, uma vez que a interpretação do dispositivo deveria ser feita à luz dos princípios fundamentais da República. O uso do paradigma constitucional no pedido de aplicação da técnica de “interpretação conforme” se traduziu no questionamento do próprio texto que expressamente estabelece como união estável aquelas havidas entre um homem e uma mulher:

226. À família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §3º. Para o efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, grifo nosso.)

Várias entidades foram ouvidas na condição de *amici curiae* durante o julgamento e, ao final, o STF julgou procedente a ADPF 132, como ação direta de inconstitucionalidade e em conjunto com a ADI 4277, dando eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão, entendendo por uma interpretação não-reducionista da definição de família com a inclusão daquelas formadas por casais homoafetivos. Assim, por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição, ampliou-se a abrangência do art. 1.723 do Código Civil e, por conseguinte, as uniões de pessoas de mesmo sexo passaram a ter o *status* de uniões estáveis, cumpridos os requisitos da lei.

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A VONTADE DO CONSTITUINTE

A interpretação do §3º do art. 226 da Constituição Federal ensejou controvérsias, muitas delas, com base em divergências entre correntes doutrinárias acerca da questão. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto, colacionou a transcrição de debate ocorrido durante a Assembleia Constituinte, sendo possível constatar que a vontade do constituinte foi afastar os casais formados por pessoas do mesmo sexo do conceito de família¹. Em relação ao tema, Ives Gandra da Silva Martins observou:

“(...) nos debates constituintes, quando se definiu, no art. 226, a família como base da sociedade e destinatária da proteção do Estado, a maioria dos constituintes liderada por Bernardo Cabral pugnou para que se explicasse o conceito de entidade familiar, como a união entre um homem e uma mulher capazes de gerar prole, de forma a afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de esse conceito hospedar a união entre pares do mesmo sexo” (MARTINS, 2011, p. 30)

O resgate do sentido original da norma constitucional para fins de interpretação é difundido por exegetas originalistas, os quais afirmam a necessidade de se identificar a vontade do constituinte na atividade hermenêutica constitucional. Esclarece Goldford (2005, p. 91) que, à luz do originalismo, se entende que a Constituição se propõe a vigor por tempo indefinido e, por esta razão, a sua alteração só poderia ocorrer pela forma que ela própria indicar. O sentido das disposições constitucionais, de acordo com esta concepção é fixo e não cabe a modificação posterior.

Nota-se, no caso das ADPF 132 e ADI 4277 que, o enunciado contido no §3º do art. 226 pretendeu amparar apenas a união estável entre o homem e a mulher. No entanto, por meio da mutação constitucional, o STF entendeu que a norma alcança os casais de mesmo sexo. Apesar do texto do dispositivo limitar a abrangência da norma, conforme a intenção do constituinte originário, o Supremo entendeu que a limitação é incompatível com outros enunciados ao longo da Constituição de 1988, além de ter ocorrido uma mudança sociocultural em relação ao assunto. Portanto, por meio da jurisprudência, foi possível desenvolver outra norma a partir do mesmo enunciado².

Na lição de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, em que pese a intenção do constituinte, é possível a atualização da interpretação da Constituição:

¹ Ver ADPF 132, ps. 2162-2163.

² Sobre enunciado normativo e norma ver BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. P. 104-5.

No domínio constitucional, o elemento histórico também pode ser empregado. Ele envolverá, por exemplo, a pesquisa dos anais da Constituinte e de outros documentos da época. No cenário constitucional brasileiro, não se deve ignorar o elemento histórico da interpretação até em reverência à especial legitimidade de nossa Assembleia Constituinte de 87/88. **Porém, não se deve, tampouco, impedir a atualização da Constituição via hermenêutica por meio da interpretação evolutiva e da mutação constitucional.** (SOUZA NETO, 2012, p. 338, grifo nosso)

Na visão destes autores, porém, a mutação constitucional sobre a união civil entre casais homoafetivos precedeu a decisão do STF:

Tal transformação vinha se processando na esfera pública informal, impulsionada pela atuação do movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), que conseguiu conquistar o apoio de boa parte da nossa sociedade civil, assim como da opinião pública mais esclarecida. Portanto, a rigor, a mutação constitucional em questão não ocorreu com a decisão do STF, sendo-lhe anterior. O STF teve, contudo, o inequívoco mérito de bem captar o sentido atual da Constituição no que tange à matéria, conferindo publicidade e força vinculante à mutação constitucional em questão. (SOUZA NETO, 2012, p. 282.)

Alguns doutrinadores entendem, ainda, que a estabilidade da Constituição depende da possibilidade de mutação normativa de uma proposição jurídica fundamental, considerando a dinamicidade dos fatos sociais, como leciona Hesse:

A dinâmica existente **na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, da sua estabilidade.** Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (HESSE, 1991, p. 23, grifo nosso)

Estabelece Bulos (2015, p. 435), que a mutação constitucional é “um processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados.” E continua:

Não é apenas por meio de reforma constitucional que as constituições se modificam, para aderir às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade. **O caráter dinâmico da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, em que as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar, um refazer de soluções normativas que nem sempre surgem de reformas constitucionais.** Nesse sendo, as normas de uma carta suprema possuem uma *inalterabilidade relativa*, pois podem sofrer alterações independentemente das formalidades especiais oriundas do princípio da rigidez constitucional. (BULOS, 2015, p. 435, grifo nosso).

Segundo Ferraz (1986, p. 130), o papel da mutação constitucional consiste no seguinte: “sem alterar a letra ou o espírito da norma constitucional, lhe dá novo significado ou alcance para, aplicando-a, torna-la o que se pretende que ele seja: um documento vivo e definitivamente cumprido.”

Esta ideia da Constituição como um documento vivo, como definiu Ferraz, é fundamental para a compreensão de uma outra concepção acerca da interpretação constitucional, a qual vem sendo intensamente discutida nos dias atuais, conhecida como *living constitution* (constituição viva). Ao contrário da percepção originalista relativa a exegese, a constituição viva é aquela que evolui e se altera com o tempo, se adaptando a novas circunstâncias e sem ser alterada formalmente, como leciona Strauss (2010, p. 4).

Em relação às críticas ao *living constitution*, acrescenta o autor (2010, p. 21): “*a central criticism of the idea of a living constitution is that is too manipulable – that a living constitution amounts to substituting judge’s own views for the Constitution itself. Originalism, in turns out, is vulnerable to the same criticism*”.³

Houve resistência quanto à aplicação da jurisprudência sobre a união homoafetiva e, assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 175/2013 com o intuito de transpor eventuais obstáculos relativos à efetivação do que restou decidido, em atenção também à decisão do STJ que reconheceu o direito ao casamento civil entre contraentes de mesmo sexo⁴:

Art. 1º. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 175/2013.)

Entretanto, esta nova configuração sobre a entidade familiar não obteve receptividade perante vários setores da sociedade e grupos políticos apoiados por entidades civis se posicionaram veementemente contra a decisão.

4 REAÇÃO LEGISLATIVA

O intenso debate trazido após a decisão da ADPF 132 e ADI 4277 revelou uma onda conservadora⁵ cujo reflexo pôde ser verificado na criação do Projeto de Lei n.

³ A crítica central da ideia de constituição viva é que esta seria muito manipulável – que a constituição viva equivale a substituir os pontos de vista dos juízes pela própria Constituição. Acontece que o originalismo é vulnerável à mesma crítica. Tradução nossa.

⁴ O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o REsp 1.1.83.378/RS, proferiu a seguinte ementa: “Direito de Família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF.”

⁵ Esta onda conservadora pode ser compreendida pelo fenômeno chamado *backlash*. Como estabelece Sarmento (2015, p. 283): “decisões em descompasso com valores hegemônicos podem gerar um efeito conhecido como *backlash*, que consiste em ampla mobilização das forças políticas e sociais que se opõem

6583/2013 pela Câmara dos Deputados. Conhecido por “Estatuto da Família”, a proposta inclui a seguinte redação:

Art. 2º. Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6583/2013, grifo do autor)

Essa movimentação contrária à inclusão de casais homoafetivos como entidade familiar pode ser resultado do diagnóstico de Conrado Hübner Mendes sobre a cultura jurídica de se centralizar o papel de um tribunal constitucional como guardião da constituição:

“[...] a forma convencional de olhar para o controle de constitucionalidade superestima seu papel e sua responsabilidade, ao mesmo tempo que atrofia a dos outros poderes. A constituição, assim, passa a ter um único centro de gravidade, um único guardião. Os outros atores políticos vão testando impunemente os seus limites. Nenhuma condenação moral recai sobre eles porque, afinal, não tem a responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Deferem comodamente o escrutínio constitucional ao tribunal e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero” (MENDES, 2008, p. 5)

A interpretação não-reducionista que incluiu os casais homoafetivos no conceito de entidade familiar foi realizada sem a redução do texto, o que de certa forma facilitou a argumentação de irresignação quanto a hermenêutica adotada, aprovando a constitucionalidade do projeto no controle preventivo:

O nosso voto não tem a pretensão de confrontar sistematicamente a decisão do STF, mas como todo respeito ao Excelso Tribunal, ficarei restrito ao mandamento constitucional do art. 226 e seus parágrafos, por entender que **a decisão de criar a “família homoafetiva” não foi interpretativa, mas inovou, criando lei, data vênia, usurpando prerrogativa do Congresso Nacional. Por outro giro, não se pode modificar texto constitucional por lei ordinária, restringindo assim este relator, a ficar adstrito à literalidade do texto constitucional. Tenho consciência das transformações culturais que proporcionam a existência de diferentes arranjos familiares, já atendidos pela Constituição, o que não se pode dizer de tais “famílias homoafetivas”.** (BRASIL. Projeto de Lei 6583/2013 – Parecer da Comissão Especial da Câmara de Deputados do Congresso Nacional, grifo nosso)

No entanto, ao desconsiderar a decisão do STF, o Legislativo manipulou a norma, atribuindo o sentido anterior o qual não converge com os valores fundamentais da Constituição, vista como uma unidade axiológica. Fazendo parecer uma queda de

à mudança, o que, além do aumento da polarização na sociedade, pode acarretar, como resultado prático, a reversão da alteração.”

braço, a conquista de direitos fundamentais via jurisdição constitucional é ameaçada pela hermenêutica legislativa. A manipulação inconstitucional é uma forma de mutação inconstitucional, sendo este, um dos riscos do processo informal de alteração da Constituição. Vale o registro de Uadi Lammêgo Bulos:

São inegáveis os riscos da interpretação constitucional, enquanto processo informal de mutação da Constituição. Em vez de adaptar a Lei Maior à realidade social cambiante, passa a comprometer a sua estabilidade, ocasionando sua destruição como lei. (BULOS, 2015, p. 440).

Esta circunstância demonstra que a via da jurisdição constitucional para a efetivação de direitos intensifica dissensos e nem sempre parece ser a melhor escolha. Há experiências recentes quanto a questão da união homoafetiva em países sul-americanos as quais revelam que a discussão no espaço parlamentar de assuntos com desacordo moral razoável na sociedade tem alcançado melhores resultados.

5 EXPERIÊNCIAS NA AMÉRICA DO SUL

Buenos Aires foi a primeira cidade argentina a aprovar um projeto de lei que reconhecia a união civil de fato (equivalente a união estável no Brasil) entre pessoas do mesmo sexo, na época (ano de 2002) outras cidades do país igualmente legislaram no mesmo sentido. A partir de então, campanhas referentes aos direitos LGBT adquiriram força e iniciaram os pedidos judiciais para a autorização do casamento civil entre casais homoafetivos (ressaltando que, por força do ordenamento jurídico argentino, as decisões alcançavam efeitos *inter partes*).

Aliados à estas estratégias, os movimentos sociais procuraram alianças partidárias e, finalmente, projetos de lei começaram a ser debatidos no Congresso. O reconhecimento legal do direito ao casamento civil entre casais homoafetivos ocorreu em 2010 pela lei 26.218⁶, após acentuado debate.

Renata Hiller dispõe que:

A partir de la sanción de la Ley de Unión Civil de la Ciudad de Buenos Aires a fines del 2002, se ensayaron diversas estrategias en pos del reconocimiento legal de las parejas gay lésbicas en Argentina: se impulsaron iniciativas análogas en otras localidades, se reclamó ante organismos estatales (como

⁶A Lei 26.618 alterou o Código Civil argentino substituindo a expressão “homem e mulher” por “contraentes” e estabeleceu a irrelevância sobre a orientação sexual dos pares, conforme se observa: “Art. 172. *Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.*”

la ANSES, Administración Nacional de la Seguridad Social), hubo presentaciones judiciales y distintos proyectos de ley presentados tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores. (HILLER, 2010, p. 87)

A despeito de algumas diferenças (institucional, histórica, política, etc.) entre o Brasil e a Argentina, é importante demonstrar que nesta última procurou-se firmar alianças entre as organizações de diversidade sexual e atores estratégicos dentro do parlamento, permitindo ampla discussão política. As campanhas LGBT, gradativamente, alcançaram visibilidade na mídia nacional. Alguns políticos criaram “áreas de diversidade” e incorporaram as demandas de movimentos sociais relacionados a gênero e diversidade em suas agendas, o que fortaleceu o caráter político da questão, pois se tornou parte da agenda institucional do parlamento.

No Uruguai, a luta de coletivos LGBT também alcançaram lugar e ganharam força no espaço público e, por conseguinte, gerou condições políticas para a aprovação do projeto que veio a se tornar a Lei do Matrimônio Igualitário⁷, em 2013:

El debate sobre la diversidad sexual en el parlamento y los profundos cambios que se estaban dando en la estructura familiar provocaron un fuerte impacto en los medios de comunicación que se hacían presentes cada vez que se discutía sobre diversidad. Siendo esto de gran importancia para colectivos como Ovejas Negras, que consideraban que estas conquistas legales tenían sentido, si se generaba a nivel social una discusión sobre el tema de la diversidad y los arreglos familiares existentes. Logrando de esta forma una modificación en el estatus de los disconformes, fundamento en el que no estaban de acuerdo varios legisladores que apoyaban el proyecto, pero que preferían que la diversidad no generara tanta polémica. (BALDI, 2016, p. 6).

Há semelhanças entre as estratégias argentina e uruguaia: ambos países dispuseram de intenso debate público relativo a diversidade sexual e arranjos familiares, contando com a participação de organismos da sociedade – partidos, entidades, fundações, etc., atribuindo maior solidez quanto a efetivação dos postulados reivindicados.

No Brasil, motivada pela inércia do Poder Legislativo (muitas vezes intencional), a demanda se deslocou para o ambiente jurídico. Nesta ótica, a inclusão das uniões homoafetivas na noção de entidade familiar ocorreu sem previsão legislativa ordinária, e tal conjuntura não inspirou segurança quanto à conquista alcançada via jurisdição constitucional (como evidencia a tramitação do Estatuto da Família). A Colômbia padece do mesmo problema: na ausência de lei, também buscou o

⁷ A lei n. 19.075/2013, substituiu algumas disposições do Código Civil uruguaio, com destaque para o art. 83, que passou a versar: “Artículo 83. El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.”

reconhecimento do casamento civil e da união estável homoafetiva por meio da Corte Constitucional.

Desde o ano de 2011 a Colômbia reconhecia os casais homoafetivos no conceito de família (por meio de uniões solenes) por meio de decisão da Corte Constitucional, contudo advertia a impossibilidade de se contrair o casamento civil. Neste julgado, determinou o prazo de dois anos para o Congresso da República discutir e legislar acerca do assunto.

No ano de 2016, ante a falta de criação de legislação, a Corte atendeu ao pedido feito por alguns casais para a realização do casamento civil e declarou obrigatoriedade aos juízes e notários de celebrá-los sem objeções motivadas por identidade sexual dos contraentes⁸. Mas, assim como no Brasil, houve um levante social contrário à decisão e grupos políticos ameaçaram, desde então, impulsionar uma reforma constitucional com a intenção de proibir o amparo constitucional a casais formados por pessoas do mesmo sexo – sob a alegação de que a Corte colombiana suprimiu a vontade do povo e do legislador. Oportuno mencionar que, em um prazo de 18 (dezoito) anos, o Senado da Colômbia rejeitou 21 (vinte e um) projetos de lei com propostas de legalização do casamento civil homoafetivo⁹.

6 CONCLUSÃO

Dada a amplitude do tema, a conclusão contemplará três aspectos acerca da efetivação de direitos de minoria: a legitimidade de direitos fundamentais, a participação da sociedade nas demandas submetidas ao tribunal constitucional e a necessidade de ampliação do espaço público para debate.

Em primeiro momento, insta assinalar que os direitos fundamentais, como é o caso do reconhecimento da união estável e do casamento civil homoafetivo, não dependem da vontade majoritária de uma sociedade para serem efetivados. Desde sua inserção no processo de redemocratização brasileira, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais são tidos como fonte sólida para

⁸ O reconhecimento da união estável e do casamento civil homoafetivos se deram pelas sentenças C-577 e SU-214, respectivamente, as quais podem ser consultadas no site da Corte Constitucional colombiana em www.corteconstitucional.org.co.

⁹ Esta foi uma das declarações dadas pela representante da Câmara colombiana, Angélica Lozano, ao folhetim El tiempo. A reportagem do jornal incluiu entrevistas com diversos parlamentares depois da decisão da Corte.

a eficácia das normas constitucionais e consagra as bases do Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Ademais, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXV, tais direitos são judiciáveis e sua aplicabilidade, portanto, não depende exclusivamente da disposição do Poder Legislativo.

A postura do Poder Legislativo diante do julgado da ADPF 132 e ADI 4277, instaura uma falsa ideia de que, em uma democracia, a única vontade a prevalecer é a que deriva dos legisladores. Como assinala Jaramillo:

“se por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno sometido al estado democrático de derecho, es porque se deben definir límites a la configuración política de la voluntad de quienes tiene el poder. Es en esta dirección que hay que comprender las restricciones que las constituciones constemporáneas imponen a la acción del poder público. Por más apoyos que tenga, si una medida resulta violatoria de los derechos fundamentales de algún grupo, debe ser invalidada.” (JARAMILLO, 2014, p. 15).

O dissenso é o corolário em uma sociedade democrática, refletindo a pluralidade, a liberdade de pensamentos e a heterogeneidade de valores acerca dos mais variados temas da sociedade, todavia, não se deve usar a retórica democrática – se aproveitando de prerrogativas representativas – para definir leis que retrocedem conquistas de direitos alcançados pela jurisdição constitucional, como pretende o Estatuto da Família (aliás, a judicialização da questão da união homoafetiva decorreu da estratégia malograda na seara legislativa: vários projetos de lei permaneceram parados e/ou foram arquivados).

Por outro lado, a alegação da Câmara dos Deputados de que o STF incorreu em um equívoco ao decidir pela interpretação do conceito de entidade familiar, não justifica a apresentação do projeto de lei em sentido contrário, posto que inconstitucional. E, em que pese a existência de correntes hermenêuticas que consideram a vontade do Constituinte permanente, a decisão por uma interpretação não-reducionista da noção de entidade familiar tem guarida em outras fontes doutrinárias. Somado a isso, deve o Legislativo fazer cumprir as provisões estabelecidas na norma constitucional interpretada pelo STF, uma que esta possui máxima validade formal e ocupa o ponto mais alto do ordenamento jurídico, sendo papel também do parlamento a observância e o fortalecimento dos preceitos constitucionais.

Convém destacar, ainda, que o objeto da ADPF 132 e ADI 4277 se relaciona com questões que guardam significativos juízos morais por parte da sociedade e, por esta razão, na ocasião do julgamento o STF buscou certo diálogo com entidades civis que representaram seus interesses sobre a matéria. Sem o propósito de se adentrar nos critérios utilizados pelo tribunal na escolha de quais organismos seriam ouvidos na condição de *amicus curiae*, cumpre afirmar que este é um espaço reduzido de fala e que há uma certa discricionariedade na definição das vozes, onde nem todos que deveriam/desejariam detêm a oportunidade de se expressar.

Quando se trata julgamentos que podem exercer um considerável impacto social, deve-se ampliar a possibilidade de debate, ainda porque o caráter *erga omnes* das decisões torna o tribunal um importante ator político. Já alertava Keith S. Rosenn (2004, p. 185): “o perigo é que quando o pêndulo político se desloca os tribunais que se tornaram vigorosos impositores das garantias constitucionais podem eles mesmos vir a ser vítimas da política”. Diante desta perspectiva, deve ser dada atenção à percepção da opinião pública, das tendências dos movimentos sociais e partidos políticos, sobretudo no desenvolvimento da interpretação de casos difíceis. Embora não devam obter a última palavra acerca das decisões, a interação com atores sociais inspira um maior respeito ao pacto constitucional.

Desta necessidade de discussões amplas sobre questões sensíveis que carecem de legislação, pode-se perceber que a Argentina e o Uruguai procuraram consolidar um consenso social sobre o reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo. Fizeram uso dos meios de comunicação para influenciar uma agenda pública, construída por meio de alianças entre representantes de partidos e de movimentos sociais. Observa-se que houve uma estratégia com a intenção de ocupar espaços públicos para colocar o tema em discussão, pressionando de certa forma seus parlamentos. A participação popular se fez presente e o enfrentamento do tema ocorreu no lugar onde precipuamente se abordam os assuntos de interesse social: o Congresso, consagrando a legitimidade democrática que, frequentemente, é utilizada em argumentos pró-majoritários para rechaçar as decisões de tribunais.

Aparentemente, para que o constitucionalismo democrático tenha êxito em um contexto onde se pretende o avanço em matéria de direitos fundamentais, a estratégia pela efetivação de direitos minoritários deve correlacionar ferramentas institucionais. A

construção da norma jurídica, tanto pela lei quanto pela jurisprudência, deve ocorrer de forma harmoniosa:

“El derecho constitucional y los tribunales constitucionales son parte del sistema político en general. Cuando observamos um sistema político estable, sabemos que todas las partes del sistema funcionan armoniosamente. Ocasionalmente, algún componente del sistema – puede ser ele ejército, la burocracia o la corte constitucional – comienza a funcionar de manera anómala dando lugar a lo que la gente concibe como una crisis. Pero si la estabilidad es restablecida, es porque ese componente ha vuelto a funcionar armoniosamente con el sistema, el que tal vez tuvo que cambiar de alguna forma para compatibilizar la desviación en curso. Ahora, si um sistema es constantemente inestable, los constitucionalistas pueden enfocarse en cómo el derecho constitutional contribuye a esa inestabilidad por su incompatibilidad con otros componentes del sistema, o como el derecho constitucional es irrelevante para su operación” (TUSHNET, 2016, p. 7.)

Um tribunal constitucional isolado não basta na concretização da Constituição: é preciso também fortalecer o caráter político de ditos direitos, sem se distanciar do parlamento.

7 REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Ley n. 26.618 de 15 de julho de 2010. Matrimonio entre personas del mismo sexo y modificación al Código Civil.* Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/26618-nacional-matrimonio-entre-personas-mismo-sexo-modificacion-al-codigo-civil-Ins0005610-2010-07-15>. Acesso em 13 de dezembro de 2017.

BALDI, Carla. *Estado de la cuestión en Uruguay*. In: _____, *Un estudio sobre la Homoparentalidad*. Nuevas cuestiones desde diferentes teorías. Montevideo : Universidad de La Republica, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013*. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 6.583/2013 do dia 17 de novembro de 2014*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPr oposicao=786555>. Acesso em 13 de dezembro de 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 6.583 de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências*. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0412AA3C4E51BB59C9DAE1F745B82513.proposicoesWebExterno1?codt eor=1159761&filename=PL+6583/2013. Acesso em 13 de dezembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1183378/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgado em 25/10/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=casamento+homoafetivo&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 12 de dezembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF*. Rel. Min. Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2011. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em 12 de dezembro de 2017.

BULOS, Uadi Lamnêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atualizada. São Paulo, Saraiva : 2015.

COLOMBIA. Corte Constitucional de la Republica de Colombia. *Sentencia C-577 e Sentencia SU-214*. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso em 19 de dezembro de 2017.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo : Max Limonad, 1986.

GOLDFORD, Dennis. *The American constitution and the debate over originalism*. Cambridge, Cambridge University Press : 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HILLER, Renata. Matrimonio y espacio público em Argentina. In: *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. 1ª edición, Ciudad de Buenos Aires : Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2010.

JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo Democrático*. Por uma reconciliação entre Constituição y pueblo. Buenos Aires : Siglo Veinteuno Editores, 2013.

LOZANO, Angélica. In: La batalla jurídica de la decisión sobre el matrimonio gay. *El tiempo*, Bogotá, 07 abr., 2016. Disponível em: www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16557836. Acesso em 19 de dezembro de 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. O ativismo judicial e a ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 18., julho-dezembro 2011. ISSN 1678-9547.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo/SP, 2008.

ROSENN. Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, Jan.-Mar., 2004. Rio de Janeiro, p. 159-185.

SARMIENTO, Marco. El matrimonio gay es aceptado por Corte Constitucional de Colombia, pero no por todos los colombianos. *Global Voices*. Holanda, 2016. Disponível em: <https://es.globalvoices.org/2016/04/14/el-matrimonio-gay-es-aceptado-por-corte-constitucional-de-colombia-pero-no-por-todos-los-colombianos/>. Acesso em 18 de dezembro de 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

STRAUSS, David. *The living constitution*. Oxford, Oxford University Press : 2010.

TUSHNET, Mark. Derecho Constitucional Crítico y Comparado. In: GARGARELLA, Roberto; ORTEGA, Roberto Niembro. *Constitucionalismo progressista: retos y perspectivas*. Un homenaje a Mark Tushnet. Serie Estudios Jurídicos, núm. 295 México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

URUGUAI. *Ley n. 19.075 de 3 de mayo de 2013*. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp6364556.htm>. Acesso em 13 de dezembro de 2013.