XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA I

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

JEFFERSON APARECIDO DIAS

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Frederico da Costa Carvalho Neto, Jefferson Aparecido Dias, Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-208-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Os trabalhos relatados nesta apresentação têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Acesso à Justiça, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 06 a 09 de julho de 2016, na Universidade de Brasília - UNB, sobre o tema "Direito e Desigualdades: diagnóstico e perspectivas para um Brasil justo".

A proposta do trabalho é inovadora vez que, a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também têm a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos apresentados foram:

1- "A CRISE DO ESTADO E A DESJUDICIALIZAÇÃO: ENTRE O IMOBILISMO E A BUSCA POR UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA", de autoria de Afonso Soares de Oliveira Sobrinho e de Clarindo Ferreira Araújo Filho, tratou das possibilidades de desjudicialização, em especial por meio da atuação dos Cartórios, como forma de garantir uma ordem jurídica justa. Além de destacar os casos em que tal desjudicialização já ocorreu, os autores também analisam novas possibilidades que podem ser adotadas em homenagem ao aperfeiçoamento do acesso à Justiça.

2- "ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADE SOCIAL: REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS", os autores Guilherme Barbosa da Silva e Amanda Querino dos Santos Barbosa tratam da Justiça como fonte de promoção da igualdade, alertando para o fato de, algumas vezes, a ausência de defensor constituído fazer com que o próprio acesso à justiça seja desigual, o que pode ser suprido com a nomeação de um

defensor público. Além disso, o artigo trata de ajustes que devem ser feitos no próprio Judiciário para combater a sua morosidade e a sua inacessibilidade. Dentre estes ajustes, destaca-se o programa de justiça itinerante mantido pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

3- "A RELATIVIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Márcia Cruz Feitosa e de Monica Teresa Costa Sousa, analisa a possibilidade de a competência territorial trabalhista ser relativizada a fim de garantir ao trabalhador o acesso à Justiça, uma vez que a norma que exige que a ação deva ser proposta no local da prestação do trabalho dificulta tal acesso à Justiça. O artigo destaca casos em que tem se admitido o ajuizamento da ação no local de domicílio do trabalhador, quando ele for hipossuficiente.

4- "ACESSO À JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS: DIREITO À HOMOAFETIVIDADE", de Michelle Fernanda Martins e Simone Stefani Signori, se inicia com uma pergunta: as transformações sociais geram o nascimento de direitos ou o nascimento de direitos gera transformações sociais? Na sequência, o artigo trata do acesso à Justiça e como ele se correlaciona com o direito à homoafetividade, a partir de um estudo comparativo entre a realidade argentina, onde existe lei que garante o direito à homoafetividade, e o Brasil, onde tal legislação inexiste.

5- "ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA, JUSTIÇA OU IMPOSIÇÃO INTERNACIONAL?", Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita analisam o significado que é atribuído ao termo "acesso à Justiça", apresentando os aspectos que envolvem a sua conceituação e efetivação, defendendo que ele deve ser interpretado como o acesso à ordem jurídica justa.

6- "ACESSO NEGADO: TRANSIDENTIDADES E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DO MARANHÃO", de Tuanny Soeiro Sousa, advém de um questionamento sobre as demandas promovidas por transexuais para a alteração de seus dados no registro de nascimento. A pesquisa que fundamentou o artigo encontrou apenas 03 (três) ações dessa espécie na Justiça do Estado do Maranhão. O que se notou é que os obstáculos para a propositura dessas ações seriam de ordem social e psicológica, e não jurídicas ou judiciais. O destaque de tal artigo é que ele, além de uma pesquisa bibliográfica, também possui uma pesquisa de campo, na qual foram coletados os dados para a sua elaboração.

7- "AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO ESTUDO DA FASE PRETRAIL DO PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO", Rafael Gomiero Pitta e Jéssica Amanda Fachin fazem uma análise das perspectivas do novo

Código de Processo Civil, a partir do estudo da fase pretrail do processo civil norte-americano, questionando se a importação pelas leis brasileiras de institutos de direito de outros países tem sido eficaz na promoção do acesso à Justiça.

8- "BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS", de Viviane Lemes da Rosa e André Ferronato Girelli, destaca a importância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) na concretização dos princípios que nortearam a reforma do novo Código de Processo Civil. Além disso, sustenta que o IRDR pode ser um instrumento de efetivação do acesso à Justiça, ao garantir que o cidadão saiba previamente como tem decidido o Judiciário, a partir de seus precedentes. Por fim, o artigo afasta as principais críticas comumente feitas ao mencionado Instituto, sustentando que elas são improcedentes.

9- "CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DE DADOS DO NÚCLEO DE PRIMEIRO ATENDIMENTO DO XX JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL – RJ", Lilian Trindade Pitta destaca a importância da informação ao cidadão como forma de garantir não apenas o acesso à Justiça (aqui concebido como o acesso ao Poder Judiciário), mas o próprio acesso ao direito do qual se é titular. A partir de tais premissas, o artigo defende a necessidade de o cidadão ser informado sobre os seus direitos, a fim de que ele possa exercitá-los plenamente. No mais, esse é mais um artigo baseado não apenas em uma pesquisa bibliográfica, mas, também, em uma pesquisa de campo (coleta de dados) realizada em Juizado Especial da Comarca do Rio de Janeiro.

10- "CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO – NOVOS RUMOS TRAÇADOS SOB A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI 13.140/2015 PARA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA", de Dauquiria de Melo Ferreira e de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, trata dos institutos da conciliação e da mediação, bem como as transformações pelas quais eles deverão passar a partir da aprovação do novo CPC e da Lei nº 13.140/2015, que deram grande importância aos dois institutos que careciam de regulamentação no Brasil.

11- Ao lado de uma maioria de artigos que tratam do acesso à Justiça no âmbito civil, o artigo "DECISÕES JUSTAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO: HÁ GARANTIA DE IMPARCIALIDADE SEM GARANTIA DE INDEPENDÊNCIA?", de Marlyus Jeferton da Silva Domingos, inova ao tratar do tema no âmbito administrativo. Nesse sentido, o mencionado artigo trata do processo administrativo e da necessidade de ele observar o devido processo legal, na busca de decisões justas. Questiona os problemas gerados no âmbito administrativo pela necessidade de se observar o princípio da legalidade, o que

impossibilitaria a independência no julgamento e, por consequência, a sua imparcialidade. O artigo, por fim, analisa o fato de a Administração Pública não conseguir resolver os seus problemas e obrigar o cidadão a buscar a tutela do Poder Judiciário.

12- “DEFENSORIA PÚBLICA: GARANTIDORA DO ACESSO À JUSTIÇA AO HIPOSSUFICIENTE ECONÔMICO E INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS”, de Robson Aparecido Machado e de Dirceu Pereira Siqueira, destaca a atuação da Defensoria Pública não apenas na garantia de acesso à Justiça mas, também, na defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas com hipossuficiência econômica.

13- “DEVIDO PROCESSO LEAL: BOA-FÉ E SIMETRIA ENTRE AS PARTES”, Paulo Henrique Helene e Eduardo Hoffmann partem da boa-fé como eixo que deve nortear as relações pessoais e, também, a importância que tal princípio ganhou no processo, em especial, a partir do novo CPC, que valorizou a boa-fé entre as partes, na busca de uma atuação simétrica e legal. O artigo destaca, também, a importância de o princípio da boa-fé ser tratado com os acadêmicos do direito.

14- Mais uma vez, saindo do âmbito do processo civil, o artigo “DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEI MARIA DA PENHA”, de Marcus Guimarães Petean, analisa a aplicação do princípio do acesso à Justiça no âmbito penal, em especial nos processos que envolvem a aplicação da Lei Maria da Penha. Além disso, o artigo trata da isonomia que deve ser observada nos processos que envolvem a violência doméstica, o que permitiria que a lei fosse aplicada não apenas às mulheres mas, também, às pessoas que se identificam com o gênero feminino, como lésbicas e transexuais.

15- "DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: IMPLICAÇÕES NO ACESSO À JUSTIÇA", de Catherine Thereze Braska Hazl, analisa as mutações sofridas no acesso à Justiça com a mudança de paradigma do positivismo para o neoconstitucionalismo. Além disso, o artigo questiona no que consiste, efetivamente, o acesso à Justiça, defendendo que ele não pode ser concebido como a simples possibilidade de acionar o Poder Judiciário.

16- "EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA E INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO", a autora Thífani Ribeiro Vasconcelos de Oliveira defende a necessidade de resposta justa e adequada para os conflitos, a qual, contudo, não necessariamente precisa ser dada pelo Judiciário. O artigo trata do acesso à Justiça no processo penal e defende a aplicação de meios alternativos para a solução das demandas, defendendo a valorização do papel da vítima. Sustenta que deveria

prevalecer no direito penal, assim, princípios da justiça restaurativa, com o objetivo de restaurar os laços rompidos com o crime e humanizar o processo, empoderando autor e vítima para que juntos busquem a melhor solução para o processo. Por fim, o artigo trata da mudança de paradigma da culpa para o da responsabilidade, inclusive analisando a auto-responsabilização.

17- "ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E JUSTIÇA: DIREITO, SOCIEDADE E O TERCEIRO SETOR", Bruno Valverde Chahaira analisa a situação das comunidades do Estado de Rondônia que, por estarem a várias horas de barco da capital ou de alguma cidade com um órgão da Justiça, têm o seu acesso à Justiça dificultado. O artigo defende, ainda, que em referido contexto social as entidades do terceiro setor podem atuar como auxiliar do Poder Público no acesso à Justiça.

18- “GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CREDIÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO: ACESSO OU NEGAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL?”, de André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares, os autores analisam a possibilidade prevista no novo Código de Processo Civil que autoriza o parcelamento das custas processuais, suscitando questionamentos quanto à sua aplicação, inclusive se poderá se ter um verdadeiro “crediário”, que, muitas vezes, deixará de ser um benefício e pode se tornar um ônus, em especial nos casos de novas custas que poderão gerar novos “carnês”.

19- "NOTAS SOBRE A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E SUA ADOÇÃO NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA", Antônio Carlos Diniz Murta e Priscila Ramos Netto Viana defendem a possibilidade de adoção da arbitragem como forma de solução de litígios em matéria tributária, a partir de experiência do Direito Português. Sustentam que a adoção da arbitragem pode ser um instrumento que garanta decisões céleres e justas nos conflitos em matéria tributária e o texto também afasta os principais entraves à aplicação da arbitragem na temática.

Com se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes do princípio do acesso à Justiça, analisando a sua aplicação não apenas no direito processual civil mas, também, no direito processual penal e no direito administrativo.

Além disso, importante destacar que os artigos trataram da realidade de diferentes Estados da Federação, apresentando diversos contextos nos quais a aplicação do princípio do acesso à Justiça ocorre de forma diversa.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do acesso à Justiça.

Prof. Dr. Frederico da Costa carvalho Neto (UNINOVE)

Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias (UNIMAR)

Profa. Dra. Vivian de Almeida Gregori Torres (USP)

ACESSO À JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS: DIREITO À HOMOAFETIVIDADE

ACCESS TO JUSTICE AND SOCIAL TRANSFORMATION: THE RIGHT TO HOMO-AFFECTIVE

Michelle Fernanda Martins
Simone Stefani Signori

Resumo

O direito procura tutelar os anseios sociais, em uma sociedade complexa, com múltiplas possibilidades e transformações sociais, onde os indivíduos buscam o reconhecimento de novos direitos. Assim, os tribunais são provocados a solucionar demandas antes inexistentes ou reprimidas pela sociedade, visando a garantir o acesso à justiça. As novas demandas, muitas vezes, envolvem direitos das minorias, como no caso do direito à homoafetividade, o que ocorreu tanto na realidade brasileira quanto na realidade argentina. O artigo analisa se o acesso à justiça tem sido alcançando nestes casos, fazendo um comparativo entre estes dois países, analisando julgados e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Homoafetividade, Transformação social, Reconhecimento, Judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The law look for protect the yearnings in a complex society, with multiple possibilities and social changes, in which the individuals seek the recognition of new rights. Thus the courts are caused to resolve demands nonexistent before or that has been repressed by society, to ensure access to justice. Currently, many of these demands involve minority rights, as in the case of the right to homo-affective, which occurred both in the Brazilian and Argentinean realities. The article examines whether access to justice has been reached in these cases, making a comparison between these two countries, analyzing judged and bibliographical revision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Homo-affective, Social transformation, Recognition, Judiciary

1. INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, ocorreram diversas transformações sociais, econômicas e culturais, surgindo, desta forma, novos conflitos sociais, de modo que se torna necessário discutir o acesso à justiça de forma diferenciada. É preciso vislumbrar que existem novos atores sociais e novas formas de mobilização do direito, o que gera novas demandas judiciais.

Na realidade brasileira, pode-se assim exemplificar estas demandas judiciais: pesquisas com células-tronco, o aborto de fetos anencéfalos, inúmeras ações que envolvem o direito à saúde e o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Todos estes direitos alcançaram uma grande repercussão de discussão na sociedade, assim como foram reinvindicados socialmente por certos segmentos, o que representa essa nova forma de mobilização social, assim como os novos atores sociais.

No presente artigo, pretende se abordar a decisão judicial que reconheceu juridicamente a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, a ADI 4277, de 2011, pelo STF, entre outras decisões judiciais, questão que precisou ser discutida após a mobilização social que pleiteava este direito. Intenta-se ainda fazer um comparativo com a Argentina, que possui uma lei que regulamenta a união entre pessoas do mesmo sexo (Lei 26.618/2010), questionando se, tendo em vista a contraposição entre direito e transformação social, o direito poderia gerar transformações sociais, assim como se questiona se as transformações sociais poderiam gerar novos direitos.

Estes pontos serão abordados sob a ótica do acesso à justiça, visto que o acesso à justiça seria a intersecção entre o direito e as práticas judiciais e as estruturas e relações sociais (SÁ NETO, 2015, p. 1). Ademais, questiona-se a ADI 4277, como sendo uma forma de efetivação do acesso à justiça, quando essa reconhece o direito à união entre pessoas do mesmo sexo, mas pouco traz de discussões a respeito de gênero e/ou sexualidade.

Em síntese, o artigo problematiza a efetividade do princípio constitucional do acesso à justiça frente à nova dinâmica dos avanços da sociedade, principalmente no que diz respeito à união entre pessoas do mesmo sexo, bem como do reconhecimento de indivíduos ou grupos que, até então, eram desprotegidos na sociedade. Os referenciais teóricos utilizados remetem à discussão específica da questão de união homoafetiva, como também ao próprio acesso à justiça, como garantia basilar do Estado de Direito.

2. ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 representou a concretização de diversos direitos, considerando-os fundamentais e que deveriam ser propiciados pelo Estado a todos os cidadãos de forma ampla, efetiva e contínua. No entanto, a realidade atual do Brasil é totalmente diferente daquela prevista no texto constitucional.

O desenvolvimento do Brasil e a estabilidade da moeda geraram uma onda de mutações das classes sociais, porém, ao contrário desse aspecto positivo, também é deflagrada a ineficácia das políticas públicas pelo Estado, para garantir os direitos assegurados pela Constituição cidadã. Descobre-se então a imensa diferença entre a lei e a dificuldade de abrir as portas estatais visando à efetividade dessas políticas. O resultado deságua no judiciário, que passou a ser o grande alento dos excluídos nessa fase de intensificação dos direitos e a inércia estatal para acomodar todas as demandas. Então, se verifica um crescimento exponencial de demandas judiciais, cobrando a satisfação de direitos que são preteridos, não concedidos ou então até fornecidos, mas aquém do esperado pela sociedade (SLONIAK, 2014, p. 170).

Surge a judicialização, onde o judiciário encampa o papel de resolver conflitos, atuando como defensor social e decidindo, com base na lei, além de exigir providências dos demais poderes. No entanto, as decisões proferidas também geram consequências negativas, como a continuidade da falta de recursos para atender a todas as demandas.

O acesso à justiça tem um significado mais amplo que o acesso ao judiciário. Acesso à justiça significa a possibilidade de lançar mão de canais encarregados de reconhecer direitos, de procurar instituições voltadas para a solução pacífica de ameaças ou de impedimentos a direitos. O conjunto das instituições estatais concebidas com a finalidade de afiançar os direitos designa-se sistema de justiça (SADEK, 2009, p. 175).

O princípio constitucional do acesso à justiça foi incorporado no texto constitucional de 1988 como direito fundamental, porém esse princípio foi e ainda é tema de grandes discussões. De uma análise meramente formal, com o advento da corrente neoconstitucionalista e de maior participação do judiciário na tutela dos direitos fundamentais, o acesso à justiça passa a ser examinado com ênfase em seu conteúdo, aproximando-o do conceito de justiça.

O acesso à justiça está previsto na nossa Carta Magna, no artigo 5º, inciso XXXV referindo que: *"a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito."* O princípio do acesso à justiça também pode ser denominado de inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação. A convenção interamericana sobre

Direitos Humanos de São José da Costa Rica também refere no artigo 8º que as partes possuem o direito de serem ouvidas, com as devidas garantias num prazo razoável pelo Judiciário[1].

Silvana Cristina Bonifácio Souza, a respeito da efetividade do processo e acesso à justiça segundo a reforma implantada pela EC n.º 45/2004 assim refere:

> [...] O acesso à justiça, decorrente do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF brasileira), é garantido por meios materiais e processuais. O processo, portanto, é um meio para alcançar o direito material que se busca e precisa ser célere e eficiente para que atinja esse fim. Nesse sentido, também a assistência jurídica integral e gratuita cumpre seu papel de possibilitar o acesso à justiça ao hipossuficiente, quando permite que ele tenha acesso ao processo, por meio dessa garantia constitucional de isenção de custas e quaisquer outras despesas, além de aconselhamento prévio e integral, a fim de que também realize seu direito material. O princípio do acesso à justiça, especialmente na vertente da assistência jurídica integral e gratuita, é de fundamental importância para diminuir a exclusão social e a miséria. Não se pode desconhecer que o povo brasileiro ainda não tem pleno acesso ao Poder Judiciário [...] (TAVARES (et. al) E SOUZA, 2004, p. 49).

Interpretando-se a letra da constituição, é possível compreender que o princípio do acesso à justiça não se refere, tão somente, a proteção jurisdicional de um direito individual, mas também os direitos coletivos e difusos, tanto no âmbito da prevenção como em caso de lesão. Por fim, o princípio garantidor do acesso à justiça é a necessidade de se vir a juízo pleitear a tutela jurisdicional, pois se trata de um direito pessoal, necessitando o interesse processual, preenchendo assim a condição da ação.

A garantia do acesso à justiça não significa dizer que o processo deva ser gratuito. Dentro de uma visão axiológica de justiça, o acesso à justiça não fica reduzido ao acesso ao judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano e não restritos ao sistema jurídico processual. Além disso, a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1998, p. 55).

Entretanto, o acesso à justiça, como garantia de acesso efetivo à máquina jurídica e judiciária, talvez seja um dos maiores mecanismos de luta, para a realização da ordem jurídica justa, e assim, efetivar o exercício da cidadania plena. Numa ótica mais ampla, o acesso à

[1] "Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza" (Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica).

justiça deve também ser visto como um movimento transformador, e uma nova forma de conceber o jurídico, enxergando-o a partir de uma perspectiva cidadã, tendo como base a justiça social. Apesar dos inúmeros avanços já conquistados na consolidação de um integral acesso à justiça, instrumento essencial à efetivação dos direitos componentes da cidadania plena, muitos empecilhos ainda existem à completa efetividade deste direito social básico. Esta efetividade somente se daria num contexto em que as partes possuíssem completa igualdade de condições, garantia esta de que a conclusão final dependa apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com as diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. A paridade de acesso deve ser alcançada (WATANABE, 1998, p. 60-62).

A igualdade perante a lei representa uma das mais importantes conquistas da modernidade. A prevalência do indivíduo significou um atributo externo que teria força para predeterminar qualquer distinção social. A máxima de que *"todos nascem livres e iguais"* representa que o indivíduo é concebido como um ser de direitos, que antecedem o Estado e a sociedade.

O rol de direitos aceito em uma determinada sociedade define o âmbito da igualdade. Ou seja, os componentes da igualdade indicam os aspectos em relação aos quais as diferenças existentes entre indivíduos e grupos tornaram-se inaceitáveis. Neste processo, realiza-se a passagem de uma sociedade fechada, fundada em privilégios e prerrogativas, para uma sociedade, em princípio, aberta e sem distinções. A cada conquista, novos traços vão sendo incorporados como componentes de igualdade, menor o número de diferenciações feitas entre os indivíduos e grupos (SADEK, 2009, p. 174).

É evidente que o conceito de igualdade, quanto maior o número de componentes, certamente menor é o número de aspectos que diferencia os indivíduos. O conceito de igualdade define e dá conteúdo ao de cidadania. O que se constata é uma igualdade variável no tempo e no espaço, e dependente de diversos componentes específicos e diversificados. Estes traços resultam de embates concretos, de movimentos políticos, nem sempre em uma direção única. A meta igualitária, ainda que por vezes repleta de acidentes, se traduz em uma ampliação do rol de direitos e em uma maior inclusão social (SADEK, 2009, p. 174).

Sobre o acesso à justiça, é relevante destacar que a visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais tem sido contestada pelas crescentes evidências de seu papel político. E, referente aos papéis, apesar da importância que o poder judiciário na ordem democrática, ainda há um conhecimento deficiente de inúmeros fenômenos do âmbito jurisdicional centrais para a realização da ordem democrática. Falta ainda um maior

conhecimento da relação entre o sistema jurisdicional e a sociedade, sendo praticamente inexistentes, como, por exemplo, estudos sistematizados sobre as tendências de julgamento das instâncias inferiores sobre questões ligadas à raça e ao gênero. Estas últimas demandas tendem a ser ignoradas ou individualizadas pelos magistrados, sendo suas demandas por direitos coletivos fortemente subestimadas na organização da estrutura territorial do Poder Judiciário, e pelas analistas do sistema de justiça (AVRITZER, 2011).

Não há como precisar as assimetrias de gênero na efetivação dos direitos humanos e diagnósticos dos problemas envolvidos na prestação jurisdicional com enfoque em gênero, pois faltam estudos a respeito no Brasil. Dessa forma, torna-se difícil a discussão sobre a implementação de políticas públicas e garantia, em especial, do direito das mulheres no nosso país (SEVERI, 2011, p. 334-335).

Superadas estas questões acerca das deficiências que ainda existem em relação ao acesso à justiça, passa-se a analisar como ocorre o processo de transformação social na sociedade.

3. TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

O processo de democratização, vivido pela sociedade brasileira no momento que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a participação popular, durante a Constituinte, conferiram uma grande quantidade de direitos e garantias aos cidadãos, tornando-a conhecida como Constituição cidadã. No meio de tantas mudanças, inclui-se a proteção à família, elencado no Título VIII, da Ordem Social, um Capítulo destinado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso[2].

O constituinte não apresentou um conceito de família. No entanto, de forma expressa, aumentou a proteção ao não elencar, no *caput* do artigo 226 da Constituição, a expressão matrimônio. A ausência de conceituação da família dentro do corpo da Constituição foi uma opção do constituinte, o que tornou essa norma aberta, ao garantir expressamente a proteção à família como base da sociedade, sem delimitar à qual família, tampouco definir o que é família, deixando o intérprete a tarefa de conceituá-la. Dessa forma, a norma aberta trouxe a

[2] CF/88. Capítulo VII. Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §1º. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. §2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. §4º. Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. §5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

possibilidade de proteção de novas formas de conjugalidade, não advindas exclusivamente do casamento civil ou religioso (NAHAS, 2010, p. 90-91).

A proteção de outras entidades familiares, em termos de proteção constitucional, trouxe um alívio à sociedade brasileira, tendo em vista que o artigo 226 da Carta Magna trouxe proteção de grupos específicos de entidade familiares, não centrados exclusivamente no casamento. Dentre os impactos jurídicos advindos com essa norma, evidencia-se a entidade familiar, com união livre entre homem e mulher com o objetivo de constituir família, denominando de união estável. Enfim, a mudança harmonizou a família com uma nova ordem plural, equiparando-se os filhos de todas as origens, bem como rompendo definitivamente com os dogmas conservadores, instituindo uma nova ordem em relação à família (NAHAS, 2010, p. 91-95).

Com a evolução do tratamento constitucional dispensado à família, foi possível constatar que a concepção legal de família acompanhou as transformações sociais ocorridas, com o propósito de proteger novas manifestações de entidades familiares aceitas pela nossa sociedade. Nesse sentido, cabe frisar que o artigo 226 da Constituição, como norma aberta, por não ter conceituado família, nem tampouco restringi-la, deixou margem ao intérprete para adequar o conceito no momento da sua aplicação.

A sociedade ocidental, devido às influências religiosas, por muito tempo, só aceitou o modelo familiar composto pelo matrimônio entre homem e mulher. Este modelo familiar era considerado o único aceitável, ou seja, o modelo patriarcal fundado no casamento indissolúvel e sacramentado pela igreja. Com a evolução da sociedade, de forma gradativa, as transformações sociais passaram a ser observadas, inclusive com relação ao casamento que teve seu perfil modificado.

Nesse contexto, a homossexualidade passou a ser vista de outra forma pela sociedade brasileira e a discussão acerca do tema se alimentou pelo clima de crescente liberação dos costumes e a publicização dos estilos de vida alternativos à sexualidade. Além disso, a influência cultural norte-americana contribuiu para a difusão da modernidade no Brasil. Ou seja, o espelho norte-americano com suas políticas de identidade, com acirramento de demarcação de fronteiras e lutas por direitos rebateram na sociedade brasileira, suscitando adaptações e transformações (HEILBORN, 1996, p. 136).

O termo homossexual é utilizado para referir-se ao comportamento sexual de atração por pessoas do mesmo sexo. Já a palavra homoafetivo é um neologismo cunhado pela jurista Maria Berenice Dias, a qual considera mais adequada para designar o elo que une os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2003, p. 18-19).

O movimento libertário que transformou a sociedade, com a inclusão do artigo 226 na Constituição Federal de 1988 também emprestou visibilidade aos relacionamentos homossexuais. Entretanto, a homossexualidade existe, sempre existiu, e em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais ou homossexuais que tenham afeto como elemento estruturante. Mesmo antes do advento da ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal, as uniões de pessoas com identidade sexual foram ao Judiciário reivindicar direitos. Assim sendo, a justiça foi chamada a exercer a função de criadora do direito. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo caminho imposto às uniões extramatrimoniais. A mudança começou pela Justiça gaúcha, onde se verificou que a postura da jurisprudência inseriu no direito de família as relações homoafetivas como entidades familiares, demonstrando o pioneirismo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (DIAS, 2003, p. 13-19).

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por essa razão, tal orientação é um fato da vida, que não pode ser interditado pelo direito e que diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. Nesse contexto, se o direito se mantém indiferente gera uma situação de insegurança na sociedade. Ademais, o fato de o Brasil ter reconhecido juridicamente as relações afetivas informais (união estável), a não extensão desse reconhecimento às uniões homoafetivas se traduziria numa menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional e a história de diferentes países registra exemplos trágicos, de discriminação fundada em fatores inatos ou inelutáveis, como raça, deficiência física ou homossexualidade (BARROSO, 2011, p. 112-113).

Ainda sobre os direitos das minorias, sobre a questão de gênero, as feministas começaram a utilizar este termo mais seriamente como uma maneira de se referir à organização social da relação entre os sexos. Nesse sentido, é evidente que o uso gramatical do termo gênero, considerando tanto o gênero feminino e o masculino pode comportar questionamentos, pois há culturas que possuem o gênero neutro (também chamado de "sem sexo"). O feminismo utilizou o conceito de gênero enfatizando o caráter social, presente na distinção entre os sexos. Entretanto, não é possível considerar como conceito da palavra gênero, um termo fixo, como uma palavra classe, definida pela doutrina marxista. No caso do gênero, seu uso implicou uma ampla gama de posições teóricas ou de simples referências descritivas entre as relações entre os sexos (SCOTT, 1995, p.72-74).

Por certo que, a palavra gênero pretendia indicar uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos, como "sexo" ou "diferença sexual". Na verdade, as feministas tinham a preocupação com a elaboração do conceito de gênero, no intuito de verem

respondidas questões. Joan Scott conclui que há uma percepção sobre as diferenças sexuais, hierarquizando essas diferenças dentro de uma maneira de pensar engessada e dual. É evidente que existam diferenças entre corpos sexuados, mas o que interessa são as formas como se constroem significados culturais para essas diferenças, dando sentido para essas, e por consequência, posicionando-se dentro das relações hierárquicas (SCOTT, 1995, p. 75-90).

Sobre as discriminações por gênero, Nancy Fraser refere que é necessário tanto demandas, quanto políticas por redistribuição, como políticas por reconhecimento, pois tem presente uma diferenciação econômico-política, assim como uma diferenciação de valoração cultural. E, a respeito da injustiça de gênero, tem-se o androcentrismo e o sexismo que demonstram o quanto é necessário programar demandas por mudanças de valores culturais que privilegiam a masculinidade e negam respeito às mulheres (FRASER, 2006, p. 234-235).

Nesse contexto, observa-se que com as lutas das feministas por reconhecimento e redistribuição ligadas a questões de gêneros, bem como pelas transformações sociais, a sociedade brasileira começou a ouvir as reivindicações das minorias, que pleiteavam o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, inclusive pelos movimentos sociais, como as paradas do orgulho gay em todo o país.

4. O ACESSO À JUSTIÇA: ADI 4277/2011 (BRASIL) E LEI 26.618/2010 (ARGENTINA)

4.1. ADI 4277 (BRASIL) - 2011

Em maio de 2011, por meio do julgamento da ADI 4277/DF (que encampou a ADPF 32/RJ), a Suprema Corte decidiu, por unanimidade, que a união homoafetiva é entidade familiar, dela decorrendo todos os direitos e deveres derivados da união estável entre homem e mulher, regulamentada nos artigos 226, §3º[3], da Constituição Federal e no artigo 1.723[4] do Código Civil[5].

Esta ação foi intentada pela Procuradoria-Geral da República e tinha como objetivo que o STF declarasse ser obrigatório o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, sendo admitida como entidade familiar, quando preenchidos os

[3] Art. 226, §3º, CF: Para 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.
[4] Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
[5] BRASIL. STF, ADI nº 4277, rel. Carlos Ayres Britto, DJ 14/10/2011, p. 1-5.

requisitos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Outrossim, pleiteou-se que às uniões homoafetivas fossem estabelecidos os mesmos direitos e deveres existentes na união estável. Os argumentos utilizados foram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica. Pleiteava-se, em síntese, a interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil[6].

Anteriormente a este julgamento, já fora ajuizada Medida Cautelar na ADI 3300/DF, por parte da Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e outros, em que se requeria o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, assim fazendo com que a Suprema Corte tivesse que decidir acerca da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.278/97[7], o qual foi revogado pelo Código Civil de 2002. No entanto, este diploma normativo manteve como união estável apenas aquela entre homem e mulher[8].

O Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, em que pese ter julgado extinto o processo em razão da ação declaratória de inconstitucionalidade impugnar norma legal já revogada, ressaltou que as uniões homoafetivas são entidade familiar[9].

É importante salientar que diversas ações que tratam sobre direitos de companheiros nas relações homoafetivas têm sido interpostas no Judiciário nos últimos tempos, destacando-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em especial. Salienta-se duas decisões, em especial, por terem sido pioneiras: em 2009, decidiu-se pela possibilidade de um casal de mulheres se habilitarem em cadastro de adoção, isto é, pela possibilidade da adoção homoparental (Apelação Cível 70031574833 do TJRS) e, em abril de 2012, decidiu-se que a companheira da união homoafetiva tinha direito aos bens da falecida (Apelação Cível 70045194677 do TJRS). Ambas as decisões foram tomadas pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Existem outros casos semelhantes, em outros Estados do Brasil, como, por exemplo, a Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0 interposta no Tribunal Regional Federal (TRF)

---

[6] BRASIL. STF, ADI nº 4277, rel. Carlos Ayres Britto, DJ 14/10/2011, p. 13-14.

[7] Art. 1° - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

[8] BRASIL. STF, ADI nº 3330 MC, rel. Celso de Mello. Requerente: Associação de incentivo à educação e saúde de São Paulo e outro(a/s. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3300.NUME.%29&base=basePresidencia. Acesso em: 14 de maio de 2012.

[9] BRASIL. STF, ADI nº 3330 MC, rel. Celso de Mello. Requerente: Associação de incentivo à educação e saúde de São Paulo e outro(a/s. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+3300.NUME.%29&base=basePresidencia. Acesso em: 14 de maio de 2012.

da 4ª Região e a Apelação n.º 994.09.224403-6 ajuizada no Tribunal da Justiça de São Paulo (TJSP), que tratam de casos semelhantes ao decidido na ADI 4277.

A Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0 foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e tinha como finalidade a inclusão do companheiro ou companheiros homossexual como dependente preferencial na mesma classe dos heterossexuais (artigo 16, I, da Lei 8.213/91), para fins da concessão dos benefícios de auxílio-reclusão e pensão por morte. Nesse caso, decidiu-se que deveria se estender aos companheiros homossexuais os direitos gozados pelos heterossexuais, já que, no presente caso, há uma violação entre os seguintes princípios constitucionais: a) aquele que protege a união estável entre homem e mulher (artigo 226, §3º, CF[10]) e b) o direito à igualdade, sendo vedado qualquer tratamento discriminatório (art. 3º, IV, CF[11]), sendo que deveria prevalecer o último[12].

Tal prevalência foi adotada em razão dos seguintes fundamentos: a) análise de outros dispositivos constitucionais, decisões judiciais internacionais e nacionais e na avaliação do contexto social; b) o rol das entidades familiares é exemplificativo, conforme se verifica pelo artigo 226, §4º[13], da Constituição Federal; c) impedir a fruição do direito de alguém em razão da sua orientação sexual é tratar o ser humano de forma indigna, ignorando sua identidade pessoal; d) tratar os companheiros homoafetivos de forma diferenciada é ferir o princípio da igualdade, já que não há qualquer diferença substancial no tocante ao custeio da previdência e ao recolhimento de contribuições previdenciárias que justificasse a desigualdade no tratamento; e) as transformações da família e a existência no plano dos fatos de comunidades de afeto e comunhão formadas por pessoas do mesmo sexo; f) a orientação sexual restringe-se à esfera privada da vida do indivíduo[14].

A Apelação n.º 994.09.224403-6 ajuizada no Tribunal da Justiça de São Paulo (TJSP) concluiu ser possível a adoção unilateral da criança pela companheira homossexual da

---

[10] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
3º - Para 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.

[11] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[12] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Rio Grande do Sul, 27 de julho de 2005.

[13] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[14] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Rio Grande do Sul, 27 de julho de 2005.

sua mãe. O fundamento utilizado para a admissão dessa possibilidade foi a preponderância da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade[15].

Verifica-se, portanto, que foram sendo ajuizadas diversas ações que traziam à tona a discussão acerca do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, tendo sido este direito finalmente sido reconhecido pela ADI 4277/2011. Os fundamentos utilizados, nesta decisão, são os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do tratamento discriminatório, estabelecidos constitucionalmente, sendo estes fundamento e objetivo fundamental da República. Entretanto, destaca-se que a vagueza dos princípios torna difícil a compreensão exata da sua força, o que possibilita a sua utilização em qualquer tipo de decisão. Entretanto, nos casos em análise, deve-se perceber que estes se encontram de acordo com as demais fontes normativas (costumes, doutrina e jurisprudência) (GONÇALVES, 2010, p. 153).

Os costumes restam caracterizados pela reiteração de condutas, assim gerando expectativa de repetição sobre certo comportamento. Deve-se dizer que, atualmente, as relações homoafetivas mostram-se presentes e reais. Quanto à doutrina, ressalta-se que a ideia de família está vinculada a de espaço de realização pessoal, através da qual a afetividade dilata e a personalidade se desenvolve, sem depender do casamento institucional. Isto é, hoje há a possibilidade de muitos modelos de família, e não apenas aquele modelo burguês-monogâmico-paternalista-heterossexual. Nesse sentido, a doutrina defende que o afeto não é privilégio dos heterossexuais, devendo também o relacionamento dos homossexuais ser tutelado juridicamente quando preencher os requisitos da união estável (GONÇALVES, 2010, p. 153-154).

Por fim, quanto à jurisprudência, frisa-se que esta tem caminhado no sentido de reconhecer direitos aos integrantes de uniões estáveis homossexuais, com fulcro em princípios constitucionais e recorrendo à analogia, tendo em vista que não existe exclusão expressa das uniões estáveis homoafetivas no artigo 226, §3º, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2010, p. 154).

São apresentados ainda como fundamentos da ADI 4277 o pluralismo como valor sócio-jurídico-político e a autonomia da vontade, assim como a interpretação não reducionista do conceito de família. Da mesma forma, é apresentado que a família é fundamentada no conceito de afeto, devendo ser a afetividade o fundamento da constituição da família.

[15] BRASIL. Tribunal de Justiça (São Paulo). Apelação nº 994.09.224403-6. Apelante: P. de J. I. e J. C. da C. Apelado: D. H. M. e S. Relator: Presidente da Seção de Direito Criminal. São Paulo, 15 de abril de 2010.

Embora a ADI 4277 represente um grande avanço no reconhecimento de direitos das minorias, assim como o direito atenda às crescentes demandas sociais, há um ponto que deve ser destacado: pouco há na decisão a respeito de questões de gênero e sexualidade. Acredita-se que esta decisão tão importante poderia ter aprofundado mais estas questões, fortificando os direitos pleiteados e alargando a discussão na sociedade. Destaca-se aqui ensinamento de Michel Foucault que refere que é possível utilizar como um deslocamento tático a ideia de *"reinterpretar todo o dispositivo de sexualidade em termos de repressão generalizada"*, para que seja possível a dominação e a exploração (FOUCAULT, 1999, p. 123).

No entanto, destacam-se dois pontos positivos em dois votos acerca destes temas. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, refere que acredita que o reconhecimento jurídico não deve ocorrer pelos fundamentos trazidos pelo relator, Ministro Carlos Ayres Britto, que fundamenta a decisão na igualdade, mas sim pelo próprio direito das minorias, que possui o direito fundamental à liberdade do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e direito de não discriminação em razão dessa opção.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, também reflete sobre a homossexualidade, afirmando não ser esta uma opção, e sim uma orientação sexual, sendo elemento do desenvolvimento da personalidade do ser humano, e que deve ser respeitada. O Ministro ressalta que não haveria razão para alguém escolher ser homossexual em uma sociedade que ainda se mostra repleta de preconceitos.

Vê-se, portanto, que a ADI 4277 representa um inegável avanço no reconhecimento no direito das minorias, assim como a Suprema Corte responde aos anseios e demandas sociais. Contudo, mostra-se que a sociedade brasileira ainda tem muito a debater e avançar no que diz respeito a questões de sexualidade e gênero.

Existiram projetos de lei no Brasil anteriormente que buscavam tutelar a união de pessoas entre o mesmo sexo (Projeto de Lei n° 1.151/952, e projetos substitutivos); no entanto, estes não lograram êxito, não tendo sido transformados em lei. Esse direito só veio a ser reconhecido com a decisão proferida na ADI 4277 de 2011.

É importante destacar também que é sempre necessário ter cuidado com a edição de leis, pois, conforme ressalta Berenice Bento, há um modo de operar, no Brasil, das elites que se encontram no poder, que consiste em conceder pequenas conquistas aos excluídos para que *"os excluídos/ sejam incluídos para continuarem a serem excluídos"* (BENTO, 2014, P. 166). Assim sendo, é preciso estar sempre estar atento para verificar se estas conquistas são reais ou apenas uma manutenção da exclusão.

Na Argentina, ao contrário da realidade brasileira, o direito do casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido por uma lei (Lei 26.618/2010). No Brasil, houve o reconhecimento jurídico entre a união das pessoas do mesmo sexo, por meio da ADI 4277, em 2011. Posteriormente, em 2013, o CNJ aprovou a Resolução 175, a qual prevê a proibição às autoridades administrativas competentes de se recusarem a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (artigo 1º da Resolução 175 do CNJ).

4.2. LEI 26.618 (ARGENTINA) - 2010

Na Argentina, anteriormente a sanção da Lei 26.618, que estipula o casamento igualitário, existiram diversos processos de politização da sexualidade por parte do coletivo LGBTTT (Lésbicas, Gays, Travestis, Transexuais e Transgêneros) (SÁ NETO, 2015, p. 4).

O texto legal da Argentina não somente reconhece formalmente o direito das minorias, como também fomenta um processo de transformação social em termos substantivos (SÁ NETO, 2015, p. 5). No entanto, é importante entender o contexto argentino para que seja possível entender como isso se tornou possível.

Nesse país, a tematização social, a politização e a judicialização da sexualidade e dos direitos humanos remontam ao fim da década de 80, no século passado. A partir desse período, se iniciaram discussões a respeito do direito de associação e organização destas minorias (SÁ NETO, 2015, p. 5).

Em 1991, a Comunidade Homossexual Argentina teve denegado o direito de funcionar como associação legalmente constituída pela Corte Suprema de Justiça da Nação, por voto majoritário. Alguns anos mais tarde, a Associação de Luta pela Identidade Travesti e Transexual (ALITT) propõe um caso similar e é permitido o seu funcionamento como associação civil (SÁ NETO, 2015, p. 5).

Depois disso, ocorre um debate a respeito da proibição dos homossexuais de doarem sangue, assim como demandas individuais que autorizam mudanças registrais e autorizações para intervenções cirúrgicas (SÁ NETO, 2015, p. 5).

Esses debates são de extrema valia para *"a visibilidade de categorias de pessoas e identidades coletivas tradicionalmente estigmatizadas e discriminadas e quase sempre ignoradas social e juridicamente"* (SÁ NETO, 2015, p. 5).

Em 2007, a campanha pelo direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo é iniciada na Argemtoma, a qual tem três fatores favoráveis para o reconhecimento dos direitos LGBTTT: um contexto internacional favorável (mudanças na Espanha), situação política

favorável (apoio de setores governamentais) e alto nível de mobilização de organizações não governamentais na defesa de minorias sexuais (SÁ NETO, 2015, p. 5-6).

Portanto, na realidade argentina, o direito ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido pela Lei 26.618, também após demandas sociais.

4.3. O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL E NA ARGENTINA EM RELAÇÃO AO MATRIMÔNIO/UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Vislumbra-se, portanto, que tanto no Brasil quanto na Argentina, houve o direito ao reconhecimento jurídico do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, sendo em um país por meio de uma decisão judicial e uma resolução do CNJ, enquanto, em outro país, por meio de uma lei específica. Questiona-se assim se, nas duas realidades, o acesso à justiça teria sido alcançado.

Conforme já acima ressaltado, acesso à justiça não equivale a acesso ao judiciário, sendo que representaria mais o reconhecimento, a concessão e a efetividade de direitos. Nos dois casos, houve o reconhecimento do direito requerido. Outro ponto comum entre os dois países foi que o reconhecimento desse direito ocorreu após reivindicações sociais, demonstrando que mais do que o direito realizar a transformação social, é a transformação social que gera novos direitos.

No entanto, a princípio, parece que a realidade argentina propicia mais a concretização do direito substancial, na medida em que o processo de mobilização social parece ter sido mais amplo e profundo que o brasileiro, o que não quer dizer que também não apresente falhas e que aquela sociedade esteja livre de preconceitos.

O Brasil conseguiu dar um passo muito importante na concretização do direito dos homossexuais com a ADI 4277/2011; no entanto, ainda necessita de debates mais amplos e profundos. Se forem analisados os três fatores favoráveis que permitiram a edição da lei na Argentina, pode-se verificar que dificilmente isso seria possível no Brasil, em especial, pela situação política, ainda mais, no contexto atual, onde o Brasil possui um Congresso conservador que, nos últimos tempos, tem discutido projetos como Estatuto da Família e projeto de lei que visa a restringir o aborto legal, o que significaria um grande retrocesso a direitos duramente conquistados pelas minorias.

Porém, mesmo que ainda deficitário, o Brasil, através do Supremo Tribunal Federal, conseguiu garantir o acesso à justiça dessa minoria, reconhecendo o direito ao matrimônio das pessoas entre o mesmo sexo. No entanto, como já acima ressaltado, não basta este

reconhecimento, devendo este direito ser amplamente debatido e propagado, objetivando a concretização material do direito, assim como evitar preconceitos e ampliar o reconhecimento do direito pela sociedade. Como dito por Michel Foucault, deve-se evitar repressões e, para isto, deve-se *"reinterpretar o dispositivo da sexualidade"*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pela efetividade do princípio constitucional do acesso à justiça é um movimento que busca construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, onde as minorias tenham seus direitos atendidos. O judiciário não pode ignorar esta realidade e possui um papel importante na solução dos empecilhos impostos à concretização desse princípio.

Ademais, a efetividade dos direitos humanos ultrapassa o âmbito jurídico. Somente, com uma ação conjunta e progressiva da sociedade e entes públicos, incluindo o judiciário, pautada pela pluralidade é que se poderá enfrentar e vencer os desafios, cada vez maiores e mais complexos, que se colocam ao exercício da cidadania na pós-modernidade.

Nesse contexto, com a evolução do tratamento constitucional dispensado à família (artigo 226 da CF/88), o instituto família passou a ter um conceito aberto, acompanhando as transformações sociais ocorridas, com o propósito de proteger novas manifestações de entidade familiares. Ou seja, o próprio reconhecimento da união estável deu margem ao intérprete da norma constitucional, para incluir outros formatos de família, tendo sido este um dos fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 de 2011, a qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar.

Tanto na realidade argentina, que reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo através da Lei 26.618/2010, assim como na realidade brasileira, que reconheceu o direito à união estável das pessoas do mesmo sexo por meio de uma decisão judicial (ADI 4277), foi possível dar o primeiro passo, de grande relevância na concretização de direitos a estas minorias, assim como na efetivação do acesso à justiça. Do mesmo modo, verifica- que este reconhecimento só foi possível após terem ocorrido reivindicações sociais.

Entretanto, verifica-se que ainda há muito a avançar, em matéria de reconhecimento de direitos de minorias e, por consequência, em matéria de acesso à justiça, principalmente, na realidade brasileira, que possui sérias dificuldades em conseguir aprovar uma legislação nesse sentido - que permita o casamento entre pessoas do mesmo sexo -, assim como discutir matérias como gênero e sexualidade.

Acredita-se no avanço da concretização destes direitos, através das discussões destes temas, tornando assim a sociedade mais aberta e sem distinções, de modo que seja possível alcançar a igualdade. No momento, o desafio parece ser provocar o debate na sociedade, pois já foi demonstrado que a mobilização social tem o poder de alcançar a efetivação de direitos fundamentais, como no caso do casamento/união entre pessoas do mesmo sexo.

Embora tenha sido demonstrado, no presente artigo, como resposta à problematização, que seja mais a transformação social que gere novos direitos, ao invés do contrário, entende-se que o direito possui as ferramentas e instrumentos necessários para garantir a igualdade, em especial, em uma sociedade repleta de preconceitos, como é a nossa.

Em síntese, direito e sociedade devem andar juntos, para a construção de uma sociedade igualitária e justa, assim efetivando os direitos substancialmente e não somente formalmente. Isto é, as reivindicações sociais devem sempre ser ouvidas, desde que à luz das normas constitucionais, procurando sempre tornar estas normas efetivas, assim como procurando garantir direitos das minorias.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, L. **Participatory institutions in democratic Brazil. Baltimore: John Hopkins University Press. AVRITZER, L et al. Para uma nova cartografia da justice no Brasil.** Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferente, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC n.º 17 (janeiro–junho/2011), 2011. Disponível http://www.constitucional.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf. Acessado em 28/12/2015.

BENTO, Berenice. **Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal.** Contemporânea - Revista de Sociologia da UFSCar, v. único, p. 165-185, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, Associação de Incentivo à educação e à saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Associação Eduardo Banks, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+

E+4277.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+4277.ACMS.%29&base=baseAcordaos > Acesso em: 23 maio de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça (São Paulo). Apelação nº 994.09.224403-6. Apelante: P. de J. I. e J. C. da C. Apelado: D. H. M. e S. Relator: Presidente da Seção de Direito Criminal. São Paulo, 15 de abril de 2010. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ018TYB0000>. Acesso em: 14 maio 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça (Rio Grande do Sul). Apelação nº 700.31.574833. Apelante: V.A.S. Apelado: A. J. Relator: Desembargador Andre Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 14 de outubro de 2009. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça (Rio Grande do Sul). Apelação nº 700.45.194677. Apelante: L.C.S.. Apelado: S.R.O. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 22 de março de 2012. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Rio Grande do Sul, 27 de julho de 2005. Disponível em: < http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200071000093470&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>. Acesso em: 14 maio 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade – o que diz a Justiça! As primeiras decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **A proteção das relações homoafetivas nos Tribunais.** 1ª Ed. CL EDIJUR, Leme/SP, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza de Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FRASER, Nancy. **Da distribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós socialista".** Cadernos de Campo n.º 14/15, São Paulo, p.1-382, 2006

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. O reconhecimento de direitos a homossexuais pelo Poder Judiciário: interpretação autorizada ou ativismo judicial? **Revista LEX do Direito Brasileiro.** São Paulo, v. 45, p. 149-155, mai/jun 2010.

HEILBORN, Maria Luiza. **Ser ou Estar Homossexual: dilemas de construção da identidade social.** In PARKER, Richard e BARBOSA, Regina. Sexualidades brasileiras. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1996.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: Proteção Constitucional**. 1ª Ed. 1ª reimpressão, Curitiba, Juruá, 2010.

SADEK, MTA. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., cood. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Direitos humanos das mulheres e a transversalidade de gênero no sistema de justiça.** Revista de Estudos Jurídicos a.15, n.º 22, 2011.

SLONIAK, Marcos Aurélio. **Acesso à justiça, direitos fundamentais e políticas públicas: uma análise do ativismo e do garantismo processual.** Anais do XXIII Congresso Nacional do Conpedi/UFPB, Grupo de trabalho: Acesso à justiça II, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna, in participação e processo.** Editora Revista dos Tribunais, 1988.

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de Sá. **O acesso à justiça e o direito à diversidade sexual, de gênero e sexualidade: da Argentina ao Brasil.** Revista Includere , v. 1, p. 1-10, 2015.

TAVARES, André Ramos; Lenza, Pedro; ALARACÓN (coordenadores). **Reforma do Judiciário (EC 45/2004): analisada e comentada.** Artigo 4. SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio**. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma do poder judiciário.** Editora Método, São Paulo, 2004.